Besitzerwerb durch Einigung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät
der Universität zu Breslau

ACAD.
LUBLIN.
BIBL.

Vorgelegt

von

Georg Stephan
Referendar

Posen 1911
Merzbach'sche Buchdruckerei

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meiner lieben Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Historischer Teil.

1. Abschnitt: Die Einigung als wesentliches Erfordernis des Besitzerwerbes im römischen Recht.

§ 2. A. Der Besitzbegriff des römischen Rechtes 2

§ 3. B. Die Einigung als wesentliches Erfordernis des Besitzerwerbs bei Mobilien 6

§ 4. C. Die Einigung als wesentliches Erfordernis des Besitzerwerbs bei Immobilien 13

§ 5. D. Rechtliche Natur der Einigung 21

§ 6. **2. Abschnitt: Die Übertragung der Gewere im deutschen Recht** . . 25

§ 7. **3. Abschnitt: Die Einigung als wesentliches Erfordernis des Besitzerwerbs im späteren römischen Rechte und in den von ihm beeinflußten deutschen Partikulargesetzgebungen** 29

II. Dogmatischer Teil.

Der Besitzerwerb durch Einigung in § 854 II BGB.

§ 8. A. Der Besitzbegriff des BGB. 32

§ 9. B. Die Einigung in § 854 II BGB. 37

§ 10. C. Das tatsächliche Moment im § 854 II BGB. 44

§ 11. D. § 854 II und die Sukzession in den Besitz 52

§ 12. E. § 854 II und seine Bedeutung für die dinglichen Rechte 57

Literaturverzeichnis.

Aravantinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. Iherings Jahrbücher. Bd. 48 S. 101 ff.

Bach: Die Einigung nach § 854, Abs. 2 BGB. Dissert. Heidelberg 1905.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. Gruchots Beiträge. Bd. 42. S. 645 ff.

Bekker: Das Recht des Besitzes bei den Römern 1880.

Bekker: Der Besitz beweglicher Sachen. Iherings Jahrbücher. Bd. 34 S. 1 ff.

Bekker: Aphorismen zur Besitzlehre, in den Beiträgen zur Auslegung des BGB., herausgegeben von Bernhöft und Binder. 1. Heft. 1902. S. 15 ff.

Bendix: Die Besitzlehre nach dem BGB. Recht 1900. S. 45 ff. u. 69 ff.

Berg: Erwerb und Verlust des Besitzes. Dissert. Rostock 1905.

Biermann: Das Sachenrecht des BGB. 1903.

Biermann: Traditio ficta. 1891.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem BGB. 1. Teil. 1901.

Breit: Geschäftsfähigkeit.

Bruck, Eb. Fr.: Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte. 1904.

Bruck, Ernst: Die Einigung im Sachenrecht des BGB. 1900.

Bruns: Die Besitzklagen des römischen und des heutigen Rechts. 1874.

v. Buchka: Vergleichende Darstellung des BGB. und des Gemeinen Rechts 1898.

Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen nach dem BGB. 1901.

Corpus Juris Civilis, Digesten herausgegeben von Mommsen, Kodex herausgegeben von Krüger. 1895.

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1901.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Bd. 1905.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. 1888.

Dernburg: Pandekten. 1. Bd. 1902.

Dernburg: Sachenrecht des deutschen Reiches und Preußens. 1904.

Dittenberger: Der Schutz des Kindes. 1903.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Bd. 1901.

Eccius: Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrechte. Gruchots Beiträge. Bd. 47 S. 51 ff.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB. 2. Bd. 1904.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1905.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht. 2. Bd. 1898.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RG.)
Esmarch: Vacuae possessionis traditio. 1873.
Exner: Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht. 1867.
Fischer: Sachenrecht. 1896. 3. Heft der Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines BGB.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 1909.
Fränkel: Die Bedeutung des § 854, Abs. 2 BGB. für den Erwerb von Besitz, Eigentum und Pfandrecht an beweglichen Sachen. Dissert. Breslau. 1910.
Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. 1897.
Gierke: Sachenrecht. 1905.
Goldschmidt: Grundlagen der Besitzlehre in den vermischten Schriften. 1. Bd. 1901.
Goldschmidt: Studium zum Besitzrecht in der Festgabe für Gneist. 1888.
Hellwig: Verträge auf Leistungen an Dritte. 1899.
Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901.
Heymann: Dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere in den Festgaben für Dahn. 1905.
Hirsch: Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes nach römischem Recht. 1892.
Hruza: Sachbesitzerwerb corpore et animo nach römischem und heutigem Recht. Grünhuts Zeitschrift. Bd. 24 S. 217 ff.
Huber: Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. 1894.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 1908.
v. Ihering: Grund des Besitzschutzes. 1869.
v. Ihering: Der Besitzwille. 1889.
Kniep: Vacua Possessio. 1886. Bd. 1.
Kniep: Der Besitz des BGB. 1900.
Kohler: Das Signieren als Besitzergreifungsakt. Grünhuts Zeitschrift. Bd. 12. S. 1 ff.
Kohler: Vertrag und Übergabe. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 18. S. 1 ff.
Kreß: Besitz und Recht. 1909.
Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.
Männer: Sachenrecht. 1906.
Manigk: Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte. 1901.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1900.
Meyer, Herbert: Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks, in der Festgabe für Dahn. 1905. 3. Teil S. 269 ff.
Miersch: Der sogenannte symbolische Besitzerwerb. Dissert. Greifswald. 1896.
Motive zum Entwurf eines BGB. 1888.
Müller-Meikel: Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 1904.
Oertmann: über Goldschmidts Besitzlehre. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 20. S. 220 ff.

Ortlieb: Einigung und dinglichen Vertrag. 1904.
Graf Pininski: Der Tatbestand des Besitzerwerbes nach gemeinem Recht. Bd. 1. 1885. Bd. 2. 1888.
Planck: Kommentar zum BGB. Bd. 3. 1906.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 3. 1899. (Guttentag.)
Randa: Der Besitz nach österreichischem Recht. 1895.
Rechtsprechung des Oberlandesgerichts. (OLG.)
Rehbein: Kommentar zum BGB. Bd. 1. 1899.
v. Savigny: Das Recht des Besitzes. 7. Aufl. 1865.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Sokolowski: Der Besitz im klassischen Recht und im deutschen bürgerlichen Gesetz. 1907.
Staudinger: Kommentar zum BGB. III. Bd. 1910. (Kober.)
Stöwer: Ist die Einigung im Sachenrecht des BGB. ein Rechtsgeschäft? Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 26 S. 149 ff.
Strohal: Die Sukzession in dem Besitz. 1885.
Strohal: Zum Besitzrecht des Entwurfs eines BGB. Jherings Jahrbücher. Bd. 31.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. Jherings Jahrbücher. Bd. 38 S. 1 ff.
Windscheid-Kipp: Pandekten. Bd. 1. 1906.
Wolff, Martin: Der Mitbesitz nach dem BGB. Jherings Jahrbücher. Bd. 44. S. 143 ff.
Zeitschriften, denen Gerichtsentscheidungen entnommen sind:
1. Gruchots Beiträge,
2. Juristische Wochenschrift,
3. Das Recht,
4. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung.

Anmerkung: Im Text sind die angeführten Werke regelmäßig nur mit dem Namen des Verfassers und der Seitenzahl zitiert.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543112_0067

§ 1. Einleitung.

Das Recht ist eine Friedensordnung. Deshalb ist es auch dazu berufen, die tatsächlich bestehenden Besitzverhältnisse gegen private Eigenmacht zu schützen. Wider den Willen der Beteiligten darf ein Eingriff in die tatsächlich bestehende Güterverteilung nur durch den Arm der Rechtsordnung erfolgen. Um diesen Zweck der wenn auch oft nur vorläufigen Aufrechterhaltung des bestehenden Besitzes zu erfüllen, muß das Recht die Tatbestände näher bezeichnen, denen es jenen Schutz angedeihen lassen will, muß also den Besitz und die Voraussetzungen seiner Entstehung bestimmen. Diese Aufstellung kann, je nach der Verwendung des Besitzes im sachenrechtlichen System, auch für viele andere Dinge größte Bedeutung haben. Ja, für unser geltendes Recht läßt sich sagen, daß die Verwendung des Besitzbegriffes außerhalb des Besitzschutzgebietes viel bedeutender ist als der ganze Besitzschutz; Besitzklagen sind praktisch unendlich selten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Normen über den Erwerb und den Verlust des Besitzes in dem ersten Abschnitt seines dritten Buches aufgestellt. Unter diesen findet sich die Vorschrift des § 854 Absatz 2: „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe (des Besitzes), wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben." Dieser Art des Besitzerwerbes sind die folgenden Zeilen gewidmet.

Die Rechtsentwicklung in unserem deutschen Vaterland ist keine rein nationale gewesen. In der Zeit vom 11. bis 15. Jahrhundert hat im Wege des Gewohnheitsrechtes die Rezeption des römischen Rechtes, wie es von der italienischen Jurisprudenz der Glossatoren und Postglossatoren auf Grund des Corpus Juris Civilis theoretisch und praktisch ausgebildet worden war, stattgefunden. Das heimische Recht wurde durch das eindringende fremde nicht gänzlich beseitigt, partikularrechtlich und in manchen Materien hat es sich sogar rein von fremdem Einschlag erhalten, während andererseits einzelne Partien des römischen Rechtes in Deutschland nie zur praktischen Geltung gelangt sind. Die seit dem

18. Jahrhundert auftretenden Kodifikationen suchten zwischen beiden Rechten einen Ausgleich anzubahnen, indem sie beiden Rechten das entnahmen, was ihnen praktisch brauchbar und lebenswert erschien. Auch die jüngste Kodifikation, das Bürgerliche Gesetzbuch, hat diesen Weg beschritten, und der in ihm niedergelegte Rechtsstoff ist eine Verschmelzung römischer und deutscher Rechtsgedanken. Wer das volle Verständnis eines bürgerlich-rechtlichen Satzes erringen will, kann nicht umhin, auf die Wurzeln, aus denen das Bürgerliche Gesetzbuch herausgewachsen ist, zurückzugehen und das römische sowohl wie auch das altdeutsche Privatrecht zu studieren. Damit rechtfertigt sich für das Folgende die Behandlung des römischen und des altdeutschen Besitzrechtes.

I. Historischer Teil.

Erster Abschnitt. Die Einigung als wesentliches Erfordernis des Besitzerwerbes im römischen Recht.

§ 2. Der Besitzbegriff des römischen Rechtes[1]).

Paulus, der römische Spezialist für das Recht des Besitzes, stellt die Regel auf (l 3 § 1 D 41,2): apiscimur possessionem corpore et animo.

Eine Definition für die Begriffe corpus und animus hat weder Paulus gegeben, noch ist eine solche von einem andern Juristen im Corpus Juris Civilis aufgestellt. Dieses Schweigen der römischen Jurisprudenz läßt sich nur damit erklären, daß diese beiden Begriffe nicht vom Recht geschaffen, sondern vielmehr von diesem schon vorgefunden wurden, daß es Verkehrsbegriffe waren, die einer juristischen Formulierung nicht zugänglich sind. Diese Priorität der aus den Faktoren corpus und animus resultierenden possessio erkennt auch Paulus an, wenn er den Digestentitel De adquirenda vel amittenda possessione (41,2) mit dem Satze eröffnet: Dominium rerum ex naturali possessione coepisse. Die rechtliche Verteilung der Güter hat ihren Ausgang von der natürlichen Güterverteilung genommen. Die natürliche Güterverteilung ist ein Produkt der Verkehrsanschauung. Was dem jeweils wechselnden Gemeinbewußtsein als Güterherrschaft erscheint, das ist naturalis

[1]) Der Streit um das Wesen des römischen juristischen Besitzes ist noch nicht geschlichtet. Verfasser hat sich der neuerdings auch von Kreß (Besitz und Recht, 1909) vertretenen Ansicht angeschlossen.

possessio. Dieser auf der Volksanschauung beruhende Gewaltbegriff liegt der römischen possessio zu Grunde. Das objektive Moment, das corpus, ist das in unendlich wechselnder Gestalt wiederkehrende Verhältnis von einem Menschen zu einer Sache, das von der Anschauung der Kulturgenossen als Herrschaft geachtet wird. Das subjektive Moment, der animus, ist der Wille des Besitzers, Herr über die von ihm besessene Sache zu sein. Der animus ist die Seele des corpus[1]). Denn die Anerkennung des äußeren Machtverhältnisses gilt in letzter Linie nur dem Willen des Herrn, der in jenem Herrschaftsverhältnis zum Ausdruck kommt.

Innerhalb dieses von der Verkehrsanschauung getragenen einheitlichen Besitzbegriffes hat das römische Recht eine Differenzierung vorgenommen, indem es der einen Art der geschilderten Besitzverhältnisse den Schutz der possessorischen Interdikte zusprach (z. B. dem Eigentümer, dem bonae fidei possessor, dem Pfandgläubiger), der anderen Art diesen Schutz versagte (z. B. dem Mieter, dem Pächter, dem Hausjohn, dem Sklaven) und, meist korrespondierend mit dieser Rechtsschutzverweigerung, Personen als Besitzer schützte, denen der Besitz im Sinne der Verkehrsanschauung nicht zukam (z. B. den Vermieter, den pater familias). Damit war, wenn der Schutz des Besitzes durch Interdikte vom Standpunkt des Rechtes aus als Kriterium des Besitzes überhaupt gelten kann, die Scheidung eingeführt zwischen dem mit dem Interdiktenschutz ausgestatteten sog. juristischen Besitz und der jenes Schutzes darbenden, wenn auch nicht gänzlich schutzlosen Detention.

Die durch diese Scheidung komplizierte Besitzlehre hat Savigny in seinem Buche „Das Recht des Besitzes" zu erklären versucht. Bei dem aus corpus und animus resultierenden Besitzverhältnis, der naturalis possessio, müsse, damit das Verhältnis zum juristischen Besitz emporwachse, der animus besonders qualifiziert, nämlich darauf gerichtet sein, die Sache als Eigentümer, für sich zu besitzen (animus domini bzw. rem sibi habendi). Dem Mieter, dem Pächter, dem Sklaven, dem Hausjohn fehle dieser animus rem sibi habendi, ihr Besitzwille sei darauf gerichtet, die Sache für den Vermieter, den Verpächter, den Herrn, den pater familias zu besitzen, deswegen seien diese Personen nur Detentoren, keine Besitzer.

Zu dieser Willenstheorie paßte schlecht die Tatsache, daß der Pfandgläubiger, der Sequester, der Prekurist juristische Besitzer waren,

[1]) „Ohne Willen kein Besitz!" Vergl. Ihering, Besitzwille S. 36.

obwohl nicht leicht einzusehen war, warum der Pfandgläubiger, der doch nur ein Pfandrecht haben will, den animus rem sibi habendi habe, während dem Mieter, der doch die Sache für sich benützen will, dieser animus fehle. Man half sich hier mit der Konstruktion des „abgeleiteten" Besitzes, indem man bei der Pfandbestellung — in den anderen Fällen des „abgeleiteten" Besitzes galt Entsprechendes — den Eigentümer das Recht des Besitzes auf den Pfandgläubiger, dem, wie man zugab, der eigentliche animus rem sibi habendi fehle, übertragen ließ.

Dieser Theorie, die den Unterschied zwischen juristischem Besitz und Detention aus dem verschiedenen Willen der Inhaber erklärte, trat — zur rechten Zeit, um eine gesetzliche Sanktion dieser Theorie im neu entstehenden Bürgerlichen Gesetzbuch zu verhüten — Ihering mit seiner „Objektivitätstheorie" entgegen. Nicht der Wille des Einzelnen entscheide darüber, ob juristischer Besitz oder Detention vorliege, sondern die positive Gesetzesbestimmung, und zwar in der Weise, daß das aus corpus und animus resultierende Besitzverhältnis so lange den Interdiktenschutz genieße, bis der Nachweis erbracht sei, daß ein vom Gesetz vorgesehener Detentionsfall vorliege. Das positive Recht habe nämlich in bestimmten Fällen, so beim Besitz des Hauskindes, des Mieters usw., aus praktischen Gründen, die Ihering des näheren darlegt, bestimmt, daß trotz Vorliegens eines vollkommenen Besitzverhältnisses bei den genannten Personen die durch den Interdiktenschutz ausgezeichnete Rechtsstellung des Besitzers dem pater familias, dem Vermieter usw. zukomme und folgeweise, wegen der Unmöglichkeit einer compossessio, der tatsächliche Inhaber zum besitzschutzlosem Detentor herabsinke.

Gegenüber der Savignyschen „Zweiwillenstheorie", die durch die Künstelei des „abgeleiteten" Besitzes sich selbst für bankerott erklärt, ist Ihering in den wesentlichen Punkten recht zu geben. Der von der Verkehrsanschauung getragene Besitz wird grundsätzlich auch vom Rechte als juristischer Besitz anerkannt und durch Interdikte geschützt. Die Ausnahmen, in denen das Recht dem „Verkehrsbesitzer" den Interdiktenschutz versagt und die Besitzerrechtsposition einer anderen Person zuspricht, beruhen auf positiver, durch praktische Gründe gebotener Rechtsvorschrift und nicht auf einer besonderen Qualifikation des Willens der Inhaber. Für das Mietverhältnis wird dies zum Beispiel, um aus dem Quellenmaterial nur eine Stelle herauszugreifen, schlagend durch l 21 D 41,3 bewiesen.

Weiter auf diese Streitfragen des römischen Besitzrechtes einzugehen erscheint nicht angezeigt, da dieselben für den hier zu behandelnden Gegenstand nicht unmittelbare Bedeutung besitzen. Denn die folgende Untersuchung hat es mit einer bestimmten Erwerbsart des Besitzverhältnisses zu tun, jenes Besitzverhältnisses, das sich aus corpus und animus zusammensetzt[1]) und das — daher die nur mittelbare Bedeutung der oben gestreiften Streitfragen — die Grundlage sowohl der Detention als auch des juristischen Besitzes bildet[2]).

Das auf der Verkehrsanschauung beruhende Besitzverhältnis bedarf zu seiner Begründung eines äußerlich sichtbaren Aktes, der dem Verkehr die Beherrschung der betroffenen Sache durch den Besitzer kenntlich machen muß. Für Sachen, die noch nicht in den Kreis menschlicher Herrschaft einbezogen oder wieder aus ihm ausgeschieden waren, für besitzlose Sachen, ist das römische Recht auf dem Standpunkt stehen geblieben, daß die Begründung menschlicher Herrschaft über diese Sachen äußerlich erkennbar erfolge. Ebenso mußte, wer eine schon von einem andern beherrschte Sache wider dessen Willen seiner Gewalt unterwerfen wollte, äußerlich dem Verkehr zur Kenntnis bringen, daß die alte Herrschaft beseitigt und die neue Herrschaft begründet sei. In dem Falle dagegen, daß eine schon menschlicher Herrschaft unterworfene Sache mit Zustimmung des bisherigen Herrn einem neuen Besitzer zugewandt werden sollte, hat sich das römische Recht in fortschreitender Entwicklung ebenso, wie es in Bezug auf die Fortdauer einmal begründeten Besitzes erheblich geringere Anforderungen aufstellte, von der ursprünglich sinnlichen Auffassung des Besitzbegründungsvorganges entfernt. In diesen Fällen des traditionsweisen Besitzerwerbes, aber nur in diesen, wurde von der Intensität des objektiven Merkmals (corpus) erheblich abgestrichen und das Schwergewicht auf die Verständigung zwischen Vorbesitzer und Erwerber verlegt.

Ganz hat allerdings das Recht des Corpus Juris Civilis auf das corpus-Erfordernis bei traditionsweisem Besitzerwerb nicht verzichtet. Aber gegenüber dem corpus bei okkupationsweisem Besitzerwerb bedeutete die Abspannung des corpus-Erfordernisses bei Tradition eine bedeutende Erleichterung. Das, was das corpus hier verlor, ging auf den in der Verständigung zwischen Veräußerer und Erwerber zutage tretenden animus über, an den jetzt, wie noch näher zu zeigen, erheblich

[1]) Ihering, Besitzwille S. 35 ff.
[2]) Ihering, Besitzwille Kap. IV.

größere Anforderungen gestellt wurden als an den bei okkupationsweisem Besitzerwerb notwendigen animus. Diese Fälle des Besitzerwerbes, bei denen einerseits eine Erleichterung im corpus-Erfordernis eintritt, andererseits eine zum Konsens zwischen Besitzveräußerer und Besitzerwerber zusammengeschlossener Wille wesentlich ist, sind Gegenstand folgender Untersuchung.

Die Scheidung der Sachen in Grundstücke und bewegliche Sachen ist zwar in der römischen Jurisprudenz nicht von einer so erheblichen Bedeutung wie im deutschen Privatrecht gewesen; doch wurzelt diese Scheidung so in der Natur der Dinge, daß auch im römischen Rechte von einer völligen Gleichstellung von Immobilien und Mobilien nicht die Rede ist und daher diese Scheidung den folgenden Zeilen zu Grunde gelegt werden kann.

§ 3. Die Einigung als wesentliches Erfordernis des Besitzerwerbes bei Mobilien.

Das objektive Moment des Besitzes, das corpus, das den Besitzstand an beweglichen Sachen dem Verkehr kenntlich macht, ist in der Mehrzahl der Fälle die custodia, der Gewahrsam, ein Verhältnis von einer Person zu einer beweglichen Sache, das dieser Person die Beherrschung der Sache erleichtert, während die Einwirkung Dritter erschwert wird. Res mobiles, sagt Paulus in l 3 § 13 D 41, 2, . . . quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Gerade um der Beweglichkeit dieser Sachen willen kann der Verkehr nicht darauf verzichten, einen Besitzstand, den er anerkennen soll, durch ein besonderes Band gesichert zu sehen, das den Besitzer zur Herrschaft besonders befähigt, Dritte dagegen hemmend ausschließt.

Dieses Band kann bald darin bestehen, daß der Besitzer die Sache persönlich in seine Obhut genommen hat, wie etwa die Gegenstände, die er in seinen Händen hält, oder die Kleidungsstücke, die er an sich trägt, bald darin, daß die betreffende Sache sich in einem Raum oder in einer Anstalt befindet, über welche der Person des Besitzers die Herrschaft zusteht, wie etwa die Gegenstände, die sich in den vom Besitzer bewohnten Raum befinden. Danach die custodia in eine „subjektive" und „objektive" zu scheiden, je nachdem „der Besitz entweder durch persönliche Obhut oder durch objektive Vorkehrungen gesichert wird"[2]), ist nicht unberechtigt.

[1]) Pininski I S. 160.

Zur Illustration, was die Römer beispielsweise unter (objektiver) custodia verstanden, was nicht, sei hingewiesen auf die beiden Quellenstellen l 3 § 3 D 41, 2 und l 44 pr. D 41, 2. Der in dem Grundstück ohne den Willen des Grundstücksbesitzers vergrabene Schatz kommt, selbst wenn der Grundstücksbesitzer den Ort, an dem der Schatz sich befindet, weiß, erst dann in seinen Besitz, wenn der Grundstücksbesitzer ihn loco movet; vorher steht er nicht in seiner custodia. Umgekehrt, die Kostbarkeiten, die man in einem Grundstück, sei es auch ein fremdes, der Aufbewahrung wegen vergräbt, stehen in der custodia dessen, der sie vergrub, selbst wenn er in weiter Ferne weilt und ihm augenblicklich der Ort, an dem er die Kostbarkeiten verbarg, im Gedächtnis nicht gegenwärtig ist[1]).

Zum Besitzerwerb an beweglichen Sachen ist regelmäßig, wie schon gesagt, die Begründung der custodia erforderlich. Und zwar muß das Gewahrsamsverhältnis in der Person jedes Besitzers hergestellt werden, sodaß grundsätzlich ein Unterschied zwischen okkupationsweisem und traditionsweisem Besitzerwerb anlangend die Existenz des Besitzes nicht besteht. Nur in wenigen Fällen tradtionsweisen Besitzerwerbes wird eine Erleichterung in der custodia-Begründung, mit andern Worten ein Abstrich im corpus-Erfordernis gegenüber okkupationsweisem Besitzerwerb, dadurch herbeigeführt, daß infolge des Konsenses zwischen Besitzveräußerer und Besitzerwerber das Vorhandensein einer custodia angenommen werden kann, während bei Fehlen des Konsenses und sonstigen unveränderten äußeren Umständen eine custodia noch nicht vorläge. Dafür einige Quellenbelege.

Javolenus in l 79 D 46, 3: Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut et tu statim libereris et mea esse incipiat: nam tum, quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detinetur, adquisita mihi et quodam modo manu longa tradita existimanda est.

Das vor den Augen des Gläubigers vom Schuldner aufgezählte Geld geht sofort in den Besitz des Gläubigers über, bevor er es noch mit seinen Händen ergreift. Die äußeren Umstände, vor allem das Einverständnis mit dem zahlenden Schuldner, der auf Geheiß des Gläubigers das Geld niederlegt, rechtfertigen es, dem Gläubiger sofort die custodia zuzusprechen, während bei Fehlen dieser besonderen Umstände zweifellos

1) Wie hier Pininski I S. 95. Anders Hirsch S. 431.

ein Ergreifen des Geldes zur Erlangung der custodia und folgeweise zum Besitzerwerbe nötig ist.

Denselben Gedanken bringt Paulus in l 1 § 21 D 41, 2 zum Ausdruck: Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare. Die Traditionserklärung in Gegenwart der Sache, die um ihrer Natur willen der Erwerber oder sein Beauftragter bald an sich nehmen wird — die Natur der Sachen, wie die der nummi, muß das verlangen —, läßt schon vor der eigentlichen Ergreifung den Besitz übergehen[1]).

Celsus in l 18 § 2 D 41, 2: Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quanquam id nemo dum attigerit. Ulpian in l 9 § 3 D 23, 3: Quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus an ei tradantur? Diese beiden Entscheidungen beruhen auf dem Gedanken, daß Sachen, die im Einverständnis mit dem Erwerber in dessen Hause niedergelegt werden, auch ohne daß dazu noch eine körperliche Ergreifung zu kommen braucht, in den Besitz des Erwerbers übergehen, weil das Einverständnis des Erwerbers in Verbindung mit dem Einbringen in sein Haus die Gewahrsamsbegründung rechtfertigt.

Eine erleichterte Gewahrsamsbegründung, die auf dem Konsens des Erwerbers und des Veräußerers beruht, liegt ferner in der Übergabe der Schlüssel zu dem Raum, in dem die zu tradierenden Sachen sich befinden. Paulus in l 1 § 21 D 41, 2: et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint.

Gaius in l 9 § 6 D 41, 1: Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem. § 45 J II, 1 gleichlautend mit Gaius.

Papinian in l 74 D 18, 1: Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea tradita sint.

Der Besitz der Schlüssel an sich gibt noch nicht auch den Besitz der verschlossenen Sache. Wäre doch sonst der Finder des verloren gegangenen Schlüssels, ja der Dieb als Besitzer der verschlossenen Sache zu betrachten. Sondern nur der Besitz des Schlüssels in Verbindung mit dem Einverständnis des bisherigen Besitzers läßt für den neuen Schlüsselinhaber den Gewahrsam und damit den Besitz entstehen[2]).

[1]) Zu dieser Stelle vgl. Kreß S. 39, Hirsch S. 125 ff., Pininski I S. 270 ff.

[2]) Vgl. Pininski I S. 285 ff.

Die genannten Fälle, in denen der Konsens der Beteiligten die Begründung der custodia im Gegensatz zu einer einseitigen Besitzergreifung wesentlich erleichterte, sind statistisch als Ausnahme anzusehen. Regelmäßig wird die Begründung der custodia nicht auf diese Weise erleichtert werden können, sondern ihr Vorliegen oder ihr Fehlen aus äußeren Umständen entnommen werden müssen, ohne Rücksicht auf einen etwaigen Konsens der Beteiligten.

Doch die custodia ist nicht immer (wenn auch regelmäßig) das den Besitz an beweglichen Sachen kenntlich machende äußere Merkmal. Mit Rücksicht auf die Eigenart und wirtschaftliche Verwendung mancher beweglicher Sachen muß oft, selbst wenn zur Begründung des Besitzes ein custodia-ähnliches Verhältnis hergestellt werden mußte, das Band zwischen Besitzer und Sache so weit gelockert werden, daß von einer besonderen Erleichterung der Herrschaft für den Besitzer und von einer besonderen Erschwerung der Einwirkung durch Dritte nicht gesprochen werden kann. Die custodia fehlt in diesem Falle, und doch kann kein Zweifel bestehen, daß der einmal an diesen Sachen begründete Besitz nicht schon dadurch untergeht, daß die äußeren augenblicklichen Umstände keine nähere Beziehung zwischen Besitzer und Sache erkennen lassen. Der Besitz entbehrt hier nahezu jedes äußeren den Besitzer verratenden Kennzeichens. Man denke an auf offenem Platze frei lagernde Baumstämme. Es ist erklärlich, daß in diesen Fällen, wo bei der Fortdauer des einmal begründeten Besitzes das corpus-Erfordernis fast vollständig sich verflüchtigt hatte, die Entwicklung dazu drängen mußte, bei der Übertragung des einmal begründeten Besitzes von einer vollständigen Neubegründung des Besitz-corpus abzusehen und unter starker Zurückdrängung dieses Erfordernisses die Übertragung des Besitzes durch den Konsens des Besitzveräußerers und des Erwerbers bewirken zu lassen. Zwar zum allein Besitz begründenden Faktor ist dieser Konsens in der römischen Jurisprudenz nicht geworden. In Festhaltung der Paulinischen Regel: apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore, und in konservativer Auslegung des Begriffes corpus werden wir auch bei den Quellenstellen, die den Besitzübergang an den in Frage stehenden beweglichen Sachen behandeln, stets neben dem Konsens ein Stück corpus treffen, mag dasselbe auch mehr oder weniger rudimentären Charakter tragen. Gegenüber dem okkupationsweisen Besitzerwerb bedeutete diese

Abschwächung der Körperlichkeit eine wesentliche Erleichterung, die man nicht unbeachtet lassen darf.

Von Quellenbelegen kommt hier an erster Stelle in Betracht l 1 § 21 D 41,2 (Paulus): non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint.

Die schwer transportablen Säulen stehen nicht in Gewahrsam, sind nicht durch jenes enge Band mit ihrem Besitzer verknüpft, das ihn zur Herrschaft besonders befähigt, Dritte hemmend ausschließt. Sie lagern frei, und rein physisch betrachtet, steht jedem Vorübergehenden die Einwirkung offen. Nur die Schutzwehr, die die Verkehrsanschauung durch Achtung des Besitzstandes um solche Sachen errichtet, ist das diesen Besitz objektiv charakterisierende Moment. Dieser Wall fällt dem Erwerber gegenüber, sobald sich dieser mit dem bisherigen Besitzer verständigt. Das corpus-Erfordernis seinerseits verlangt in diesem Falle in keiner Weise, daß der Erwerber die Säulen fortschafft oder sonst einen okkupationsähnlichen Akt vornimmt, sondern es reicht hier hin, daß die Konsenserklärung in Gegenwart der zu tradierenden Sache erfolgt, was gegenüber okkupationsweisem Besitzerwerb eine ganz offensichtliche Erleichterung bedeutet.

In diesem Sinne ist auch l 51 D 41, 2 (Javolenus) zu deuten: Quarundam rerum animo possessionem apisci nos Labeo ait: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me jusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem juris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. Sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet jusserim custodia tradatur. In eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrubique animi quodam genere possessio erit aestimanda.[1]).

Der Sinn dieser sehr bestrittenen Stelle scheint uns folgender zu sein: Labeo behauptet, daß an gewissen Sachen ein Besitzerwerb solo animo möglich sei, und als Beispiel konstruiert er folgenden Fall. A kauft von B einen Stoß frei lagernder Hölzer (lagerten sie nicht frei, so wäre

[1]) Vgl. Pininski I S. 277 ff., Hirsch S. 139 ff., Kreß S. 22.

die Aufstellung einer custodia schlecht verständlich). B fordert ihn auf, die Hölzer abzuholen. A stellt einen Wächter bei dem Holzstoß auf und erwirbt mit dieser Handlung den Besitz. Den animo-Erwerb sieht Labeo wahrscheinlich darin, daß A, ohne selbst in Beziehung zum Holzstoß zu treten, nur den Willen, zu besitzen, durch Abordnung eines Wächters kund tut. Doch sofort steigt Labeo das Bedenken auf, ob nicht gleichzeitig ein Besitzerwerb corpore vorliege; denn es sei gleichgültig, ob A selbst oder sein Mandatar die Bewachung übernehme. Jetzt setzt Javolenus mit seiner eigenen Ansicht ein und erklärt, daß in vorliegendem Falle ihm die Frage darin zu bestehen scheine, ob, trotzdem keine körperliche Apprehension stattgefunden habe, nichtsdestoweniger eine Tradition erfolgt sei. Auch er hält es für gleichgültig, ob A selbst oder sein Mandatar die Bewachung übernimmt. In beiden Fällen, sowohl wenn A als auch wenn sein Mandatar die Bewachung übernimmt, tritt nach Javolenus der Besitzerwerb gewissermaßen animo ein. Damit will Javolenus sagen, daß in dem geschilderten Falle das körperliche Moment, das in der Aufstellung einer Wache, in der Herstellung einer doch bloß vorübergehenden custodia liegt, in seiner besitzbegründenden Bedeutung vollständig hinter dem animus zurücktritt, der als Einverständnis zu dem tollere jubere des Tradenten zum Ausdruck kommt und in erster Linie als Faktor des Besitzerwerbs anzusprechen ist.

In diesem Zusammenhang ist auch die Tradition durch Signieren des zu übergebenden Objektes zu behandeln. Es ist falsch, das Signieren stets und in jedem Fall als die Type eines Geschäftes anzusehen, das den Besitz verschafft. Das lehrt schon der Widerspruch[1]) zwischen folgenden Stellen.

Paulus in l 15 (14) § 1 D 18, 6: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset. Ulpian in l 1 § 2 D 18, 6: Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra quod et verum est: magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur. Der Besitzerwerb an den gezeichneten Balken bei Paulus ist durchaus ähnlich zu denken, wie der Besitzerwerb an den oben erwähnten Säulen: frei lagernde, nicht in Gewahrsam befindliche Balken, Konsens der Beteiligten und als Ausdruck des Konsenses Zeichnung der Balken durch den Käufer, durch welches äußeres Benehmen gleichzeitig dem herabgemilderten Erfordernis der Körperlichkeit genügt ist, das sind die Elemente, die den Besitzerwerb durch Zeichnung bewirken.

[1]) Vgl. Kohler in Grünhut Bd. XII. S. 1 ff.

Von durchaus analogen Gedanken wird auch die Sklaventradition beherrscht. Der Sklave gehört zu jenen beweglichen Sachen, die meist nicht in Gewahrsamsbesitz stehen. Das den Besitz an ihnen vermittelnde Element ist nicht die custodia, sondern des Sklaven propositum redeundi (vgl. l 47 D 41, 2). Die Übertragung des Besitzes an ihn mußte infolgedessen eine Abspannung des körperlichen Momentes fordern. Denn war zur Fortdauer des Sklavenbesitzes kein körperliches Verhältnis erforderlich, so mußte die Entwicklung dahin führen, auch bei Übertragung schon bestehenden Besitzes das körperliche Element zurückzudrängen, wenn es auch nicht dazu kam, dasselbe vollständig zu beseitigen. In diesem Sinne ist l 1 C 8, 53 zu verstehen[1]): Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis, et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere. Die Interpretationen, die die Gegenwart der Sklaven bei der Tradition der Kaufbriefe voraussetzen[2]), oder die nicht die Frage, ob Besitz erworben, sondern ob er mit Willen des Vorbesitzers erworben sei, in der Stelle beantwortet sehen wollen[3]), sind nicht zu billigen. Bei der Übertragung des Besitzes an nicht in Gewahrsam befindlichen, sondern frei umhergehenden Sklaven legten die Römer das Hauptgewicht auf den Konsens zwischen dem Besitzveräußerer und dem Erwerber, das körperliche Moment ist auf ein Rudiment, auf die Übergabe der Kaufbriefe zurückgedrängt. Der ordnungsmäßige Inhaber der Sklavenkaufbriefe wurde im Verkehr als Besitzer der Sklaven anerkannt.

Von dem eingenommenen Standpunkt aus besteht kein Widerspruch zwischen der eben erwähnten Entscheidung und l 27 C 3, 32: Servum emptor non traditum sibi praesentem vindicare non potest. Bei Sachen, die nicht in Gewahrsamsbesitz stehen, haben die Römer das Moment der Körperlichkeit bei der Besitzübertragung zwar gewaltig zurückgedrängt, aber eine Besitzübertragung durch bloßen Konsens haben sie nicht gekannt. In welcher Weise nun dem abgeschwächten corpus-Erfordernisse genügt sein mußte, darüber haben nicht Rechtssätze, sondern die Anschauung des Verkehrs entschieden. Nur so erklärt sich die Mannigfaltigkeit der Formen, als welche bald Schlüsselübergabe,

---

[1]) Vgl. hierzu Kreß S. 24, Goldschmidt Grundlagen S. 199—210 und Festg. für Gneist S. 78.

[2]) Vgl. Savigny 6. Aufl. S. 244 ff.

[3]) Vgl. Windscheid-Kipp I. § 153, Anmerkung 10.

bald Signieren, bald nur Gegenwart der Sache bei den konsentierenden Beteiligten erscheinen. Es kann nicht wunder nehmen, wenn für die Sklaventradition in diesen Fällen zwei Formen des corpus begegnen, zumal, wenn man bedenkt, daß eine Tradition durch Übergabe der Kaufbriefe nur möglich war, wenn Kaufbriefe vorhanden waren, sonst die andere Form benutzt werden mußte. Außerdem darf nicht vergessen werden, daß die Abspannung des corpus-Erfordernisses in den uns interessierenden Traditionsfällen einer Entwicklung unterworfen gewesen ist, die von zähem Festhalten an materialistischen Anschauungen zu immer freieren Formen geführt hat. Spuren dieser Entwicklung sind im Corpus Juris Civilis zu finden und werden uns in dem Abschnitt über Grundstücke noch beschäftigen. Da die Tradition durch Übergabe der Urkunden eine freiere Form gegenüber der Traditionserklärung in Gegenwart des zu tradierenden Sklaven ist, ist auch denkbar und kann zur Erklärung herangezogen werden, daß die zwar ältere Entscheidung die die Übergabe der Kaufbriefe genügen läßt und somit der spiritualistischen Richtung auf Emanzipation von der Körperlichkeit huldigt, von fortschrittlichen juristischen Kreisen ausgegangen ist, während die Entscheidung von Diokletian trotz ihres späteren Datums aus konservativer Feder geflossen ist; denn es ist kaum anzunehmen, daß die Emanzipationsbewegung ohne Gegenströmungen verlaufen ist.

Angesichts der Tatsache, daß bei beweglichen Sachen regelmäßig die an die Fortdauer des Besitzes gestellten Anforderungen die custodia verlangen, wird der von uns behandelte Besitzerwerb, bei dem infolge des Konsenses zwischen Besitzveräußerer und -erwerber in weitgehender Weise die Anforderungen an das Besitz-corpus herabgeschraubt werden, für bewegliche Sachen stets die Ausnahme bilden. Ihre hauptsächlichste Anwendung findet die uns interessierende Rechtsfigur bei Grundstücken; davon im nächsten Paragraphen.

§ 4. Die Einigung als wesentliches Erfordernis des Besitzerwerbes bei Immobilien.

Bevor die Erleichterungen dargelegt werden können, die im Falle traditionsweisen Grundstückserwerbes beim corpus-Erfordernis gegenüber der Grundstücksokkupation gewährt sind, sind kurz die Anforderungen auseinanderzusetzen, denen bei einseitigem Besitzerwerb an Grundstücken genügt sein muß.

Ein Grundstück, das in niemandes Besitze steht, kann nur dadurch in Besitz genommen werden, daß dem Verkehr durch äußerlich sichtbare, auf dem Grundstück selbst stattfindende Handlung kenntlich gemacht wird, daß das Grundstück in den Kreis menschlicher Herrschaft einbezogen ist. Worin diese Handlung bestehen muß, richtet sich ganz nach den Umständen des einzelnen Falles. Entweder wird das Grundstück durch einen Zaun abgegrenzt, es wird ein Bauwerk auf ihm errichtet, der Erwerber verbietet durch Warnungstafeln Dritten das Betreten des Grundstücks, oder das Grundstück wird in land- oder forstwirtschaftliche Nutzung genommen. Eine feste, einheitliche Form für die Okkupation eines Grundstücks hat das römische Recht nicht ausgebildet. Stets sind die Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen, und nur soviel läßt sich allgemein sagen, daß ein äußerlich sichtbarer, auf dem Grundstück selbst stattfindender Akt, der den Erwerber als Herrn kenntlich macht, notwendig ist. Ist das Grundstück schon im Besitz eines anderen und ist nicht etwa durch dessen Nachlässigkeit eine vacua possessio entstanden (vergl. l 37 § 1 D 41,3 unten Seite 16 wiedergegeben), so kann die Okkupation dieses Grundstücks nur in der Weise erfolgen, daß in offen kenntlicher Weise die Herrschaft des Vorbesitzers gebrochen und die des Erwerbers begründet wird; eine heimliche Okkupation des Grundstücks, ohne daß der Vorbesitzer von dem Eingriffe in sein Recht wüßte, führt nicht zum Besitze. Der einmal auf diese Weise begründete Besitz bleibt bestehen, trotzdem — das ist regelmäßig der Fall, da kein Grundstücksbesitzer sich ununterbrochen auf seinem Grundstück aufhält — das bei Besitzbegründung vorhandene tatsächliche Machtverhältnis nicht ununterbrochen bestehen bleibt. Während bei beweglichen Sachen der Gewahrsam regelmäßig — die Ausnahmen sind im vorhergehenden Paragraphen schon genannt — auch für die Fortdauer des Besitzes notwendig ist, ist bei Grundstücken nur in besonderen Fällen, wenn das Grundstück mit Gebäuden besetzt, mit Mauern umschlossen ist, durch diese besonderen Veranstaltungen dem, zu dessen Gunsten sie getroffen sind, die Herrschaft in erhöhtem Maße gesichert, Dritten ein Eingriff erschwert. Die Mehrzahl der Grundstücke liegt offen, rein physisch betrachtet, der Einwirkung jedes Vorübergehenden zugänglich. Das corpus, das objektive Moment bei Besitzfortdauer, besteht hier lediglich in der Anerkennung des Verkehrs, der Grundstücke auch dann als in fremdem Besitz stehend achtet, wenn der Besitzer sich nicht auf seinem Grundstücke befindet und äußere Umstände ihn persönlich nicht kenntlich machen. Diese Anerkennung fußt

auf der Erfahrung, daß Grundstücke, zumal landwirtschaftlich genutzte, regelmäßig nicht besitzerlos sind. Die klassischen Juristen haben diese Form des Besitzes juristisch durch die retinierende Kraft des Besitzwillens erklärt.

Dieser Konstruktionsversuch hat eine Entwicklung durchmachen müssen, ehe man zu dem gefunden Resultat gelangte[1]).

Zuerst ließ man mit jedem Verlassen des Grundstücks den Besitz verloren gehen, ein Zustand, der unerträglich gewesen sein muß. Dann verlangte man zur Erhaltung des Besitzes, daß der Besitzer bei Verlassen des Grundstücks den Rückkehrwillen habe, wie noch in § 5 J IV, 15 zu lesen ist: Quin etiam animo quoque retineri possessionem placet, id est ut, quamvis neque ipse sit in possessione neque eius nomine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, retinere possessionem videtur. Der Abschluß der Entwicklung führte dahin, das retinere possessionem auf eine negative Grundlage zu stellen, so daß man nunmehr durch Verlassen des Grundstücks den Besitz nur dann verlieren sollte, wenn man beim Weggange den Besitzaufgabewillen hatte.

So sagt Ulpian in l 1 § 25 D 43, 16: Quod volgo dicitur aestivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere: nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est.

Nun kommen wir auf die uns direkt interessierende Frage zurück, mit der Erkenntnis, daß, weil die an die Fortdauer einmal begründeten Besitzes gestellten Anforderungen bei Grundstücken weit hinter den bei Besitzbegründung gestellten zurückbleiben, auch die Übertragung einmal begründeten Besitzes dazu drängen muß, das körperliche Moment zurücktreten und dieses minus durch einen vertraglichen Konsens zwischen Besitzveräußerer und Erwerber ersetzen zu lassen.

Und in der Tat sind wir in der Lage, diese Erkenntnis durch Quellenmaterial zu stützen.

Nach dem Corpus Juris Civilis[2]) vollzieht sich die Tradition von Grundstücken durch die Besitzaufgabeerklärung des Tradenten und die Besitzübernahmeerklärung des Erwerbers, wobei letztere in äußerliche

[1]) Vgl. Kniep Vacua poss. §§ 25—27.

[2]) Vgl. l 33 D 41, 2, l 34 eod., l 48 eod., l 12 D 43, 16, l 18 pr. eod. l 77 D 6, 1, l 35 § 1 D 39, 5, l 12 C 4, 38.

Beziehung zum Grundstück tritt, um der Paulinischen Regel apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore zu genügen, die eines äußerlichen Momentes nicht entraten kann. Das Prinzip des Besitzerwerbes ist dasselbe wie oben, Konsens der Parteien in Verbindung mit einem abgeschwächten corpus.

Die Besitzaufgabeerklärung des Tradenten wird in den Quellen mit mittere in vacuam possessionem, inducere in vacuam possessionem, ire jubere in vacuam possessionem bezeichnet. Der fast stereotyp wiederkehrende Ausdruck vacua possessio bedarf näherer Erklärung.

Vacua possessio kann zweifachen Sinn haben, einen absoluten und einen relativen. Vacua possessio in absolutem Sinne ist gemeint, wenn es heißt in l 37 § 1 D 41,3 (Gaius): Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex neglegentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit, und in l 4 § 22 D 41, 3 (Paulus): Si tu me vi expuleris de fundi possessione nec adprehenderis possessionem, sed Titius in vacuam possessionem intraverit, potest longo tempore capi res: quamvis enim interdictum unde vi locum habeat, quia verum est vi me deiectum, non tamen verum est et vi possessum. Gaius und Paulus verstehen hier unter vacua possessio den Zustand eines Grundstücks, in dem es von jedem Dritten in Besitz genommen werden kann, ohne daß diesem eine vis zur Last zu legen möglich wäre. Vacua possessio in relativem Sinne ist dagegen gemeint in den Redewendungen mittere, inducere in vacuam possessionem und bezeichnet alsdann den Zustand eines Grundstücks, in dem dieses nicht von jedem Dritten, wohl aber von dem gewaltfrei in Besitz genommen werden kann, welchem gegenüber der Besitzer das Grundstück durch die missio in vacuam possessionem leer gemacht hat. Das Grundstück ist in diesem Falle nicht besitzerlos, sondern aus der l 34 pr. D 41, 2 geht deutlich hervor, daß der bisherige Besitzer durch die vacua-possessio-Erklärung keineswegs den Besitz verliert, sondern denselben so lange behält, bis der Erwerber aufgrund dieser missio den Besitz erlangt[1]).

Kreß will die possessio jedes Grundstücks als vacua bezeichnen, weil der Besitzstand an Grundstücken eines körperlichen Elementes nicht bedürfe. Diese Ansicht dürfte kaum quellenmäßig sein. Es ist allerdings richtig, daß die vacua possessio kein absolut leeres Grundstück

[1]) Savigny 6. Aufl. S. 203–205, 239, 569. Bruns S. 129/30. Jhering Grund des Besitzschutzes S. 120. Kniep Vacua poss. S. 9—20. Kreß S. 20.

fordert. Ein Detenter steht ihr nicht entgegen. In l 18 pr. D 43,16 wird der Erwerber in vacuam possessionem mittiert, trotzdem ein colonus auf dem Grundstücke sitzt. Aber wie dieser colonus dem Besitz des Mittenten nicht entgegensteht, diesen vielmehr vermittelt, so lag es auch in der Intention des Mittenten, daß der colonus die vacua possessio vermitteln und dem Erwerber den gewaltfreien Eingang gestatten sollte. Gegen Kreß spricht vor allem l 2 § 1 D 19,1: Vacua possessio emptori tradita non intellegitur, si alius in ea legatorum fideive commissorum servandorum causa in possessione est aut creditores bona possideant. Idem dicendum est, si venter in possessione sit: nam et ad hoc pertinet vacui appellatio. Nicht daß überhaupt nicht tradiert sei, behauptet hier der Jurist, sondern daß der Besitz nicht als vacua tradiert sei. Das besagen die Worte nam et ad hoc pertinet vacui appellatio. Wenn nämlich eine prätorische Mission in den Besitz stattgefunden hatte, dann war doch neben dem missus ein Besitz möglich, wie l 5 pr. D 34,6 (nectam possessio rerum ei, idest misso in possessionem, quam custodia datur: neque enim expellendi heredem jus habet, sed simul cum eo possidere jubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem) beweist, also auch dessen Tradition. Nicht möglich aber war in diesem Falle eine vacua possessio, die ein gewaltfreies Grundstück verlangt, deren Anforderung also nicht genügt ist, wenn der Besitz durch die prätorische Mission eingeschränkt ist.

Die absolute und die relative vacua possessio haben gemeinsam, daß das Grundstück für den Besitz eines neuen Erwerbers offen steht, diesem die Möglichkeit gewaltfreien Eingangs gegeben ist.

Das Wesen der Besitzaufgabeerklärung, der missio in vacuam possessionem, besteht demnach darin, daß der Tradent seinen Besitzwillen aus dem Grundstück zugunsten des Erwerbers herauszieht, wodurch dieser ermächtigt wird, den leeren Besitz zu ergreifen. Die Besitzaufgabeerklärung konnte formlos geschehen. In l 48 D 41,2 (se tradidisse possessionem litteris declaravit) werden allerdings Urkunden genannt, in denen die Traditionserklärung enthalten war. Doch ihnen ist nur eine Beweisbedeutung zuzumessen, keine materielle, sodaß die nicht in dieser Form abgegebene Erklärung durchaus nicht nichtig war. In l 12 C 4,38 ist dies instrumentum testationis vacuae possessionis vergessen worden, aber trotzdem secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet.

Nach den Quellen ist es auch nicht notwendig, daß die Besitzaufgabeerklärung auf dem Grundstücke oder angesichts desselben abgegeben wurde; aus verschiedenen Stellen ist vielmehr zu schließen, daß sie auch meilenweit entfernt von dem Grundstück erfolgen konnte.

Die Annahme der Besitzaufgabeerklärung geschieht, wie die Quellen berichten, durch ire in fundum. Ein rein konsensualer Besitzerwerb war nach der schon mehrfach angeführten Paulinischen Regel unzulässig. Dem corpus-Erfordernis wurde durch das ire in fundum genügt. Andererseits wurde gerade durch das ire in fundum aufgrund der vorangegangenen missio in vacuam possessionem der Konsens über den Besitzübergang perfekt. Das ire in fundum ist sicherlich kein rechtsförmlicher Akt gewesen, sondern vielmehr eine Betätigung, wie sie erforderlich erschien, um den Besitzwechsel zur Anerkennung des Verkehrs zu bringen. Schon Paulus sagt hierüber in l 3 § 1 D 41, 2: non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

Das ire in fundum, der „Apprehensionsspaziergang", wie Jhering[1]) diesen Akt nennt, ist nicht so geartet gewesen, daß es ohne Rücksicht auf den Konsens der Beteiligten den Besitzwechsel zu bewirken imstande war. Allerdings erheischt die Okkupation eines Grundstücks die Anwesenheit des Erwerbers auf dem Grundstück, also auch ein ire in fundum. Dieses ire in fundum ist uns schon bekannt. Das ire in fundum des Traditionserwerbers ist von ihm völlig verschieden[2]). All den ganzen Aufwand, den der Okkupant in Szene setzen muß, um kenntlich zu machen, daß er den Besitz des Grundstücks ergriffen hat, kann sich der Traditionserwerber sparen. Auf Grund der Tradition kommen ihm alle Einrichtungen zugute, die von seinem Vorgänger getroffen werden mußten, um das Grundstück aus der Reihe der besitzlosen Sachen auszuscheiden oder es einem andern Besitzer zu entreißen. Er braucht sich bloß auf das Grundstück zu begeben, um sofort den Besitz zu erwerben. Mehr war nicht nötig. Wenn auch unseren Augen dieser „Apprehensionsspaziergang" als leerer Formalismus erscheint, so darf uns das nicht übersehen lassen, daß die Römer zur Zeit des Corpus Juris Civilis ihn

[1]) Grund des Besitzschutzes S. 201.

[2]) Pininski I S. 350. Jhering Besitzschutz S. 201 ff.

mit anderen Augen angeschaut und ihm für den Besitzerwerb wesentliche Bedeutung beigemessen haben.

Daß das ire in fundum des Traditionserwerbers kein Okkupationskorpus war, sondern diesem gegenüber, wie gezeigt, wesentliche Erleichterungen aufwies und folgeweise nur in Verbindung mit dem Konsense der Beteiligten den Besitzerwerb zu bewirken imstande war, das scheint uns die sehr bestrittene l 34 pr. D 41, 2 zu besagen, die uns unten in anderem Zusammenhang noch einmal entgegentreten wird (Ulpian): Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quamvis autem in corpore non consenserimus[1]), an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest: et si animo adquiri possessio potest, numquid etiam adquisita est? Sed non puto errantem adquirere: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione. Die vor Brinz, Esmarch, Pininski, Strohal herrschende Lehre nahm hier an, daß bei Besitzokkupation ein Besitzerwerb nicht eintrete, wenn ein Irrtum über das Objekt den animus possidendi ausschließe. Diese Auslegung krankt daran, daß dieser wichtige weittragende Folgen nach sich ziehende Satz, der Irrtum schließe den animus possidendi aus, nur auf l 34 p. gestützt werden könnte, während sonst keine einzige Quellenstelle von einem solchen Satz etwas berichtet. Abgesehen von dem Mangel eines Quellenbeweises wäre es auch ein befremdender Gedanke, wenn derjenige, welcher die Herrschaft über eine Sache an und für sich erwirbt, der Herrschaft darum mangeln sollte, weil er die von ihm beherrschte Sache für eine andere hält. Der Grund des Nichterwerbes in l 34 pr. ist vielmehr darin zu suchen, daß durch den Irrtum des Erwerbers das Zustandekommen eines Konsenses gehindert ist und daß das abgeschwächte corpus, das ire in fundum, das den an ein Okkupationskorpus gestellten Anforderungen nicht entspricht, für sich allein nicht hinreicht, um den Erwerb des Besitzes herbeizuführen.

Übrigens muß auch hier festgestellt werden, daß die Abschwächung des Traditionskorpus sich allmählich von strengeren zu immer feineren Formen entwickelt hat. Spuren dieser Entwicklung sind im Corpus

[1]) Die andere Lesart wird wegen Sinnlosigkeit allgemein abgelehnt.

Juris Civilis nachzuweisen. Das ire in fundum ist die regelmäßige, herrschend gewesene Form des Traditionskorpus. Daneben ist noch eine ältere Form ins Corpus Juris Civilis eingedrungen, die Labeo in l 78 § 1 D 18, 1 in zweifelhaften Fällen anempfiehlt, wahrscheinlich, um den Besitzübergang ganz außer alle Frage zu stellen: Fundum ab eo emisti, cujus filii postea tutelam administras, nec vacuam accepisti possessionem. Dixi tradere te tibi possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia ejus decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem. Der Vormund hat von dem Vater seines Mündels ein Grundstück gekauft, aber nicht tradiert erhalten. Er will nun das Grundstück als Vertreter des verpflichteten Erben an sich selbst tradieren, und um dies über jeden Zweifel erhaben zu stellen, soll er, wie Labeo ihm rät, den Mündel und seine Sklaven aus dem Grundstück erst ausziehen lassen, und dann seinen Einzug halten. Hier ist also außer dem sonst geforderten ingredi in fundum zur Besitztradition noch erforderlich, daß der Besitzaufgabewille dadurch zum sinnfälligen Ausdruck gebracht wird, daß pupillus et familia ejus decedat de fundo. Kniep[1]) will an dieser Stelle die alte Regel bestätigt finden, daß jedes Verlassen des Grundstücks notwendigerweise auch den Besitzverlust zur Folge habe, sodaß der Besitz vom pupillus durch decedere verloren wurde und die nunmehr vacua possessio vom Vormund apprehendiert werden konnte.

Die jüngere Form der Grundstückstradition ist in l 18 § 2 D 41, 2 (Celsus) zum Ausdruck gekommen: si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem. Einem Recht, das die Fortdauer des Besitzes an Grundstücken auf die Basis des solus animus stellte, mußte bald auch ein körperliches Moment bei Übertragung bestehenden Besitzes lästig erscheinen. Dem Streben nach Emanzipation von diesem körperlichen Erfordernis kommt Celsus in der zitierten lex nach. Er läßt den Besitzübergang auch dann eintreten, wenn der Tradent dem Erwerber das zu tradierende Grundstück von einem Turm aus zeigt und dabei die Besitzaufgabeerklärung abgibt. Der Erwerber beginnt dann non minus possidere, quam si pedem finibus intulisset.

Ohne den späteren Ausführungen vorzugreifen, muß hier schon gesagt werden, daß die im Recht des Corpus Juris Civilis einsetzende

[1]) Kniep Vacua poss. S. 119.

Entwicklung, die bei Tradition von Grundstücken erheblich geringere Anforderungen an das corpus stellte als bei Okkupation, in der missio in vacuam possessionem, der Einräumung leeren Besitzes, den Keim barg, der über die demonstratio ex turre hinaus schließlich dazu führte, bei traditionsweisem Besitzerwerb an Grundstücken das körperliche Moment vollständig auszuschalten und einen Besitzerwerb durch bloßen Vertrag anzuerkennen. Das Corpus Juris Civilis hat allerdings das Körperlichkeitserfordernis noch nicht gänzlich fallen lassen: wohl aber ist die Praxis des späteren gemeinen Rechtes unter gewissen Voraussetzungen zu der rein konsensualen Besitzübertragung (Bähr Jahrb. f. Dogmatik XXVI S. 319 ff.) übergegangen, die heute in § 854 Abs. 2 BGB. ihre gesetzliche Fixierung gefunden hat. Davon ist im § 7 zu handeln.

§ 5. Rechtliche Natur der Einigung.

Es bleibt noch übrig, die rechtliche Natur des Konsenses, den wir in den geschilderten Fällen sowohl bei Mobilien wie auch bei Immobilien als notwendig zum Besitzerwerb erkannten, näher zu bestimmen. Dieser Konsens ist rechtlich als ein Vertrag anzusprechen. Denn wie ein Vertrag ist er nur wirksam unter der Voraussetzung: 1. daß die Beteiligten die rechtlich notwendige Willensfähigkeit besitzen, 2. daß die Vertragsofferte, die Besitzaufgabeerklärung, von dem Besitzer selbst oder von einem dazu Bevollmächtigten abgegeben wird, 3. daß der Konsens nicht durch Willensmängel ausgeschlossen wird.

1. Die Beteiligten müssen rechtlich willensfähige Personen sein. Die Erklärungen willensunfähiger Personen kommen rechtlich nicht in Betracht und können keinen Besitzübergang zur Folge haben. Zum Beweise dafür diene l 24 D 41,2 (Ulpian): Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere, alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest, und l 11 D 41,1 (Marcian): Pupillus quantum ad adquirendum non indiget tutoris auctoriate: alienare vero nullam rem potest nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est: quae sententia vera est.

Die erste Stelle bezieht sich auf den freiwilligen Besitzverlust, nicht auf den unfreiwilligen: denn die Trivialität, daß ein Mündel auch ohne auctoritatis interpositio seitens des tutor dejiziert werden könne,

dürfen wir dem Juristen nicht zutrauen. Danach ist der Sinn folgender: Den Besitz, der durch äußere Merkmale dem Verkehr kenntlich gemacht ist, wie den Gewahrsam an beweglichen Sachen, kann der Pupill dadurch aufgeben, daß er das äußere Verhältnis aufhebt. Dann geht der Besitz verloren, gleichviel, ob der tutor damit einverstanden ist oder nicht. Der von äußeren Kennzeichen freie Besitz dagegen, der Besitz solo animo, kann vom Mündel selbst nicht aufgegeben werden, weil hier entscheidendes Gewicht auf die in re praesenti oder durch missio in vacuam possessionem abzugebende Willenserklärung gelegt wird und der Mündel ohne den tutor rechtlich willensunfähig ist.

Der Ausspruch Marcians steht damit nicht im Widerspruch. Marcian erklärt, daß ein Pupill ohne Hilfe seines tutor nichts veräußern kann, auch nicht den Besitz. Veräußern ist nicht dasselbe wie aufgeben, es ist eine bestimmte Art des Aufgebens, veräußern heißt auf einen andern übertragen, so daß dieser als rechtlicher Nachfolger gilt. Dies kann der Pupill nicht. Hebt er das äußere Besitzverhältnis auf und wird es bei dem andern hergestellt, so ist zwar der andere Besitzer geworden, aber nicht durch Veräußerung, sondern er gilt als praedo. Den von äußerlichen Merkmalen freien Besitz vollends, bei dessen Übertragung das Schwergewicht nicht auf das corpus, sondern auf die Traditionserklärungen fällt, ist der Pupill infolge seiner rechtlichen Willensunfähigkeit nicht imstande zu übertragen, der andere wird überhaupt nicht Besitzer[1]).

2. Die Traditionserklärung, die Erklärung, Besitz einzuräumen, muß von dem ausgehen, der den Besitz inne hat oder der von dem wirklichen Besitzer dazu bevollmächtigt ist. Nur so hat sie einen Sinn und rechtliche Wirksamkeit. Das beweist l 33 D 41, 2 (Pomponius): Fundi venditor etiamsi mandaverit alicui, ut emptorem in vacuam possessionem induceret, priusquam id fieret, non recte emptor per se in possessionem veniet. Item si amicus venditoris mortuo eo, priusquam id sciret, aut non prohibentibus heredibus id fecerit, recte possessio tradita erit. Sed si id fecerit, cum sciret dominum mortuum aut cum sciret heredes id facere nolle, contra erit.

Der Verkäufer eines Grundstücks beauftragt seinen Freund, dem Käufer gegenüber die inductio in vacuam possessionem vorzunehmen, die Besitzaufgabe zu erklären. Bevor diese erfolgt, kann eine itio in

[1]) Vgl. zu den beiden Stellen Pininski II S. 38 ff., Savigny 6. Aufl. S. 418/9, Esmarch S. 46 ff., Hirsch S. 237, Kniep Vacua poss. S. 109/10.

fundum keine rechtliche Wirkung haben. Ferner, durch den Tod des Verkäufers erlischt das Mandat zur Besitzaufgabeerklärung und wird nur insoweit als fortbestehend behandelt, als der Besitzer von dem Tode keine Kunde hat (vgl. J III, 26: si adhuc integro mandato mors alterutrius interveniat, . . . solvitur mandatum; sed utilitatis causa receptum est, si mortuo eo, qui tibi mandaverit, tu ignorans eum decessisse exsecuturus fueras mandatum, posse te agere mandati actione, und vgl. l 26 pr und § 1 D 17, 1). Vollzieht daher der amicus die inductio in vacuam possessionem, bevor er den Tod seines Auftraggebers erfahren hat, oder, was dasselbe ist, im Einverständnis mit den Erben, so geht Besitz über. Hat er dagegen den Tod erfahren und gibt trotzdem oder trotz Widerspruchs der Erben die Traditionserklärung ab, so handelt er außerhalb seiner Vollmacht und kann keinen Besitz übertragen[1]).

3. Der Konsens darf nicht durch Willensmängel ausgeschlossen sein. Dies geht aus l 34 pr D 41, 2 hervor, die oben Seite 19 wörtlich wiedergegeben ist. A räumt dem B hinsichtlich des fundus Cornelianus die vacua possessio ein. B bezieht diese missio irrtümlich auf den fundus Sempronianus. In diesem Irrtum, den Cornelianus für den Sempronianus haltend, nimmt er an dem Cornelianus die itio in fundum vor. Besitzerwerb tritt nicht ein. Der Grund, weshalb der Besitz nicht erworben wird, ist der Irrtum: non puto errantem adquirere. Die missio in vacuam possessionem als Traditionsofferte und die itio in fundum als Annahme leiden an einem versteckten Dissens. Der Tradent offeriert und der Erwerber akzeptiert zwar den fundus Cornelianus, doch die Akzeptationserklärung hat den Mangel, daß der Erklärende über den Inhalt der abgegebenen Erklärung irrt, den fundus Sempronianus im Sinne hat, den Cornelianus aber bezieht. Da missio in vacuam possessionem und itio in fundum infolge dieses Irrtums nicht zusammenstimmen, also ein Konsens nicht vorliegt, kann auch ein Besitzerwerb, der von dem Vorhandensein eines Konsenses abhängt, nicht eintreten.

Mit dieser Interpretation der l 34 pr. wird die schon oben erwähnte Auffassung abgelehnt, die in dem ire in fundum ein zur Okkupation ausreichendes corpus erblickt und den Nichterwerb des Besitzes damit erklärt, daß der Irrtum den animus possidendi ausschließe.

---

[1]) Vgl. zu l 33 Piniński II S. 28 ff., Hirsch S. 229 ff., Esmarch S. 37 ff., Kreß S. 311.

Ferner wird bei unserer Interpretation angenommen, daß der Erwerber noch bei der itio in fundum Cornelianum in dem Irrtum, der Cornelianus sei der Sempronianus, befangen ist; denn würde der Erwerber vor der itio seinen Irrtum erkannt haben und nun in den Cornelianus einziehen, so könnte der Jurist ihn unmöglich noch einen errans nennen[1]).

In der Savignyschen Zeit hatte man die Eigenart der geschilderten Besitzerwerbsfälle übersehen. Es ist ist das Verdienst von Brinz[2]), hierauf aufmerksam gemacht zu haben. Er hat allerdings mit seiner possessionis traditio und im Anschluß an ihn Esmarch mit seiner vacuae possessionis traditio Ansichten aufgestellt, die entschieden zu weit gehen und allgemein Ablehnung gefunden haben. Doch der richtige Kern, der ihren Ausführungen zugrunde liegt, daß in den genannten Besitzerwerbsfällen ein rechtsgültiger Vertrag ein notwendiger Faktor des Besitzerwerbes ist, hat fast allgemeine Billigung erfahren. Neuerdings hat Kreß[3]) den Vertragscharakter dieser Traditionsarten zwar zugegeben, aber dieses Geschäft als einen Vertrag zu charakterisieren versucht, der nicht den rechtsgeschäftlichen Vorschriften zu unterstellen, sondern lediglich nach den Anschauungen des Verkehrs zu beurteilen sei. Kreß' Ansicht dürfte gegenüber l 11 D 41,1 und l 29 D 41,2 (oben Seite 39/40 wörtlich wiedergegeben) nicht quellenmäßig sein. Hier wird bei der Beurteilung der Fähigkeit zur Vornahme des in Frage stehenden Besitzgeschäftes nicht, wie in l 1 § 3 D 41,2 bei der Okkupation des Besitzes, geprüft, ob die besitzerwerbenden Personen nach der Verkehrsanschauung eius aetatis sint, ut intellectum possidendi capiant, sondern der Pupill als eine Person, deren Wille rechtlich als nicht vorhanden gilt, von diesem Geschäft wie von jedem anderen Rechtsgeschäft ausgeschlossen.

Kreß beweist auch nichts mit seinem Argument, daß die Formen der Besitzübertragung in den genannten Fällen, wie z. B. der umständliche Auszug in der oben Seite 20 angeführten l 78 § 1 D 18,1 oder die Demonstrierung des Grundstücks in der oben Seite 20 angeführten l 18 § 2 D 41,2, wohl als vom Verkehr ausgebildete, nicht aber als rechtsgeschäftliche Formen verständlich sein. Es ist richtig, daß diese Formen

[1]) Wie hier Kreß S. 310, Pininski II S. 42 ff. Anders Hirsch S. 238 ff. Nicht ganz übereinstimmend Strohal Sukzession S. 177 ff. Anders auch Esmarch S. 50 ff.

[2]) Jahrbuch d. gem. R. III S. 16 ff. und Pandekten 2. Aufl. § 138.

[3]) S. 313 ff.

vom Verkehr ausgebildet worden sind. Doch wenn das Recht diese Handlungen mit rechtlicher Wirksamkeit umgibt, so kann es sie damit auch den Vorschriften über rechtsgeschäftliche Handlungen unterstellen, ohne jedoch den Ursprung der Formen als im Verkehr üblicher damit zu beseitigen. Von diesem Standpunkt aus muß auch l 2 C 7, 32 verstanden werden: minus instructus est, qui te sollicitum reddidit, quasi in vacuam possessionem eius, quod per procuratorem emisti, non sis inductus, cum ipse proponas diu te in possessione fuisse omniaque ut dominum gessisse. Licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio, ipsa tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti.

Das Recht hat eine Form für die inductio in possessionem nicht vorgeschrieben, sondern verweist in dieser Beziehung lediglich auf die Anschauung des Verkehrs. Diese hält es für genügend, si sciente venditore diu in possessione fuisti. Das Recht verlangt nur, daß die stillschweigende Willenserklärung des Verkäufers, die in dem Dulden des fremden Besitzes liegt, von einer rechtlich willensfähigen und verfügungsberechtigten Person mangelfrei abgegeben wird.

Das constitutum possessiorium und die brevi manu traditio, Institute, die diesen Gedankengängen nicht allzu fern stehen, sind hier außer acht gelassen, weil, wie sich später bei näherer Untersuchung des § 854 Absatz 2 BGB. zeigen wird, constitutum possessiorium und brevi manu traditio nicht in direkte Verbindung mit § 854 Abs. 2 gebracht werden können.

Zweiter Abschnitt.

§ 6. Die Übertragung der Gewere im deutschen Recht.

Die Gewere ist der Besitzbegriff des altdeutschen Rechtes, über dessen Wesen und Bedeutung lange Streit geherrscht hat. Nach dem heutigen Stand der Wissenschaft besteht die Gewere aus zwei Elementen. Gewere ist die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, in der die Behauptung eines dieser Herrschaft entsprechenden dinglichen Rechtes zu Tage tritt. Die Gewere deckt sich also weder mit der römischen possessio noch mit dem modernen Besitz.

Der in die Augen fallende Unterschied zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen hat im deutschen Recht ganz anders als im römischen Recht zu einer scharfen Scheidung von Liegenschaftsrecht und Fahrnis-

recht geführt, und die auf tatsächlicher Sachherrschaft beruhende Gewere hat andere Voraussetzungen bei Grundstücken, andere bei beweglichen Sachen, so daß gesonderte Betrachtung notwendig ist.

Bei Liegenschaften äußert sich die Sachherrschaft in der wirtschaftlichen Nutzung. „Wer das Gut in Nutz und Gelde hat", der hat es in seiner Gewere. Da die Gewere die Verkörperung eines dinglichen Rechtes ist, so kann eine Darstellung ihrer Übertragung nicht den Erwerb des in ihr in die Erscheinung tretenden Rechtes mit Stillschweigen übergehen. Als das wichtigste dingliche Recht sei das Eigentum herausgegriffen, um an seiner Übertragung die Gewereübertragung zu erörtern.

Um die Übertragung des Eigentums richtig zu würdigen, sei als Gegensatz der einseitige Eigentumserwerb, die Aneignung, ins Auge gefaßt.

Im deutschen Recht führt, anders als im römischen Recht, die Aneignung herrenloser Grundstücke nur dann zum Eigentum, wenn dem Okkupanten ein Aneignungsrecht zur Seite steht. Dieses Recht, herrenloses Land sich anzueignen, stand anfänglich der Gesamtheit des Volkes, dann der Markgenossenschaft, später allein dem König zu; mit dem Niedergang der königlichen Machtstellung fiel dies Bodenregal, wie die anderen Regalien, den Landesfürsten zu. Der Aneignungsberechtigte, der ein herrenloses Grundstück okkupieren wollte, mußte auf irgend eine Weise deutlich machen, daß er das Grundstück in wirtschaftliche Nutzung nehme. Eine feststehende Form dieses Aktes hat sich, ebenso wie in Rom, nicht ausgebildet: die Umstände des einzelnen Falles entschieden: Wildländereien z. B., was wohl der praktisch häufigste Fall gewesen sein dürfte, wurden durch Rodung „eingefangen."

Im Gegensatz dazu konnte die Übertragung des Eigentums auf die augenblickliche sinnfällige Herstellung der wirtschaftlichen Verbindung zwischen Erwerber und Grundstück verzichten, und das Schwergewicht des Erwerbsaktes verlegte sich vom wirtschaftlich-tatsächlichen Gebiet auf das Gebiet der Rechtsordnung.

Weil einst das Grundeigentum der Volksgenossenschaft, nicht dem einzelnen gehört hatte und diese auch nach Durchsetzung des Privateigentums als an den Grundverhältnissen interessiert angesehen wurde, erforderte die Übertragung des Eigentums stets eine Mitwirkung der Volksgenossen in feierlicher und öffentlicher Weise.

Der Übertragungsakt selbst besteht aus zwei Teilen[1]), dem dinglichen Vertrage über den Eigentumsübergang, der „Sale", und der

[1]) Vgl. Hübner S. 235 ff.

investitura, der Gewere in ursprünglichem Sinne als einer Einweisung in das Grundstück. Dieser zweite Bestandteil ist der uns interessierende Teil, der den Wechsel in der tatsächlichen Herrschaft bewirkt. Wie ursprünglich die Sale, so fand auch die Investitur auf dem Grundstück selbst statt. „Das Grundstück wird tatsächlich übergeben, der Erwerber ergreift tatsächlich den Besitz, der Veräußerer räumt tatsächlich das Grundstück.“[1]) Als Formen, unter denen auf diese Weise die Investitur stattfand, werden „der gemeinsame Grenzumgang, die Einführung in das Haus unter Übergabe der Schwelle oder der Tür und Anzünden des Herdfeuers, der feierliche exitus des Veräußerers“[2]) oder Übergabe von Scholle, Zweig, Rasen, Handschuh, Speer und anderes mehr berichtet. Diese Formen können in vielen Beziehungen in Parallele zu dem Aneignungsakte gesetzt werden. Sie waren der der Volksanschauung entnommene notwendige Ausdruck, in dem die Begründung der Herrschaft über ein Grundstück zutage trat. Später erstarrten die dem Leben abgelauschten Handlungen zu Formalakten und wurden auch als solche empfunden. Das Hervortreten des formalen Elements führte schließlich dazu, die reale Investitur, die notwendig auf dem Grundstücke selbst stattfinden mußte, durch eine symbolische zu verdrängen, die im Anschluß an die jetzt auch vom Grundstück losgelöste Sale außerhalb des zu tradierenden Grundstücks erfolgen konnte. Man fand, daß die außerhalb des Grundstücks erfolgende symbolische Investitur dem Erwerber zwar nicht die Sachherrschaft in augenfälligem Sinne, aber doch die Möglichkeit gewährte, jederzeit die Herrschaft über das Grundstück an sich zu nehmen[2]). Diese Möglichkeit reichte hin, um schon damit die Gewere als übergangen zu betrachten. Damit war bei Tradition ein Gewereerwerb möglich, ohne daß — im Gegensatz zur Aneignung — in sinnfälliger Weise auf dem Grundstück selbst eine faktische Herrschaftsbegründung stattzufinden brauchte.

An diesem Punkte der Entwicklung trifft die symbolische Investitur zusammen mit der unten § 7 erwähnten im spätrömischen Vulgarrechte ausgebildeten Grundstückstradition durch Übergabe einer Urkunde (carta).

Da jetzt schon der außerhalb des Grundstücks stattfindende Rechtsakt, die symbolische Investitur, die traditio cartae und später, alle anderen Formen verdrängend, die gerichtliche Auflassung, die Gewere übertrug,

1) Gierke Sachenrecht S. 270.
2) Vgl. hierzu Huber S. 33—35.

war der realen Investitur der Boden entzogen. Sie verlor allmählich das rechtsförmliche feierliche Gewand, und als leibliche Besitzeinweisung hatte sie nur noch „die Bedeutung der tatsächlichen Verwirklichung der Gewere“[1]). Dies war der Standpunkt des germanischen Rechtes beim Beginn des Eindringens der fremden Rechte.

Für unseren Zweck läßt sich aus der Gestaltung des deutschen Rechtes entnehmen, daß die Übertragung der Liegenschaftsgewere stets rechtsgeschäftlichen und zwar äußerst feierlichen Charakter getragen hat. Der Rechtsakt erfolgte ursprünglich auf dem Grundstücke selbst in den Formen symbolischer Herrschaftsübertragung. Mit fortschreitender Entwicklung löste er sich vom Grundstück los, später allgemein gerichtliche Form annehmend, und die Sachherrschaft wurde schon dann als begründet angesehen, wenn für den Erwerber die Möglichkeit bestand, die Herrschaft tatsächlich an sich zu nehmen, was gegenüber dem einseitigen Gewereerwerb eine gewaltige Erleichterung bedeutete, da dieser verlangte, daß der Erwerber durch Anwesenheit auf dem Grundstück selbst dieses in greifbarer Weise in wirtschaftliche Nutzung nahm. Der Kern des Übertragungsaktes ist, mit heutigen technischen Ausdrücken gesprochen, nichts anderes als ein Vertrag, der den übereinstimmenden Willen beider Parteien über den Herrschaftswechsel sich in förmlicher, den Herrschaftswechsel anfänglich realisierender, später symbolisierender Weise erklären läßt.

Wesentlich anders liegen die Verhältnisse bei den beweglichen Sachen. Die zur Gewere an Fahrnis notwendige Sachherrschaft ist grundsätzlich nur verbürgt durch das körperliche Gewaltverhältnis, den Gewahrsam, dessen Begriff uns schon bekannt ist. Nur der hat regelmäßig die Gewere an Fahrnis, der sie in Behauptung eines dinglichen Rechtes in Gewahrsam hat. Das körperliche Gewaltverhältnis, mit dem die Gewere an Fahrnis steht und fällt, ist in seinem Bestand unabhängig von den Vorschriften der Rechtsordnung, und so ist auch die Übertragung der Fahrnisgewere lediglich an die Begründung des körperlichen Gewaltverhältnisses bei dem Erwerber gebunden[2]). Raum für eine die Gewere bedingende rechtsgeschäftliche Einigung ist nicht vorhanden.

---

[1]) Gierke Sachenrecht S. 276.

[2]) Diese Gebundenheit liegt aber auch schon dann vor, „wenn der Erwerber die Sache . . . mit einem seine Herrschaft versinnbildlichenden Zeichen, z. B. der Hausmarke, versieht“. Hübner S. 425.

Nebenbei muß daran erinnert werden, daß in der alten Zeit bei dem Mangel eines ausgebildeten Handels die Fahrnis ganz wesentlich an wirtschaftlicher Bedeutung hinter der Liegenschaft zurückstand und so auch das Recht weniger dem Fahrnisrecht als vielmehr dem Grundrecht sein Interesse zuwandte.

Ausnahmsweise tritt die Gewere noch in anderer Gestalt mit der Fahrnis in Berührung[1]). Die Fahrnissachen, die als Zubehör zu einem Sachganzen erscheinen, werden von der Gewere, die am Sachganzen besteht, mitergriffen, ohne daß ein Gewahrsamsverhältnis zu bestehen braucht. Fahrnis, die auf einem Grundstück sich befindet, steht trotz mangelnden Gewahrsams in der Gewere des Grundstücksbesitzers, sie befindet sich, wie die Quellen sagen, „in seinen Weren"[2]). Die Fahrnis, die „in Weren" steht, folgt der Gewere am Grundstücke, und insofern kann man sagen, daß die geschilderten Übertragungsformen für die Liegenschaftsgewere auch für Fahrnis Geltung haben können.

„Fahrniskomplexe"[3]) schließlich, die wirtschaftlich zusammengehören und gleichfalls das Bestehen einer Gewere ohne Gewahrsam zulassen, wie ganze Vermögen, Warenlager, und besonders geartete bewegliche Sachen, an denen eine besondere Herrschaft ohne Gewahrsam bestehen kann, weil sie einen Herrschaftsbereich für sich bilden", unterliegen, was die Übertragung der an ihnen bestehenden Gewere anlangt, ganz ähnlichen Regeln, wie wir sie für Liegenschaften kennen gelernt haben.

Dritter Abschnitt.

§ 7. Die Einigung als wesentliches Erfordernis des Besitzerwerbes im späteren römischen Rechte und in den von ihm beeinflußten deutschen Partikulargesetzgebungen.

Schon im 8. Jahrhundert ging die romanistische Praxis, besonders in der Romagna, bei Grundstückstraditionen über das geschriebene Recht des Corpus Juris Civilis hinaus.

Nach dem Corpus Juris konnte bei Grundstückstraditionen die Besitzaufgabeerklärung in einer Urkunde abgegeben werden, in einem instrumentum testationis vacuae possessionis (vgl. l 12 C 4, 38, l 2

[1]) Gierke Sachenrecht S. 192/93, Meyer S. 282.
[2]) Meyer S. 282.
[3]) Meyer S. 283.

C 7, 32 und l 48 D 41, 2, oben Seite 17 bzw. 25 bzw. 17). Der Erwerb des Besitzes trat jedoch immer erst durch die itio in fundum seitens des Erwerbers ein. Diese schon von Celsus[1]) als nicht mehr zeitgemäß empfundene Form wurde von der Praxis aufgegeben und der Besitzerwerb an die Übergabe einer Urkunde geknüpft, die den Besitzübertragungswillen des bisherigen Besitzers (meist neben dem Veräußerungsgeschäft) zum Ausdruck brachte[2]).

Im Mittelalter hat sich die italienische Jurisprudenz mit den uns interessierenden Traditionsarten lebhaft beschäftigt, und die von ihr aufgestellte Theorie hat das in Deutschland rezipierte gemeine Recht bis auf Savigny beherrscht und auch Eingang in deutsche Partikulargesetzgebungen gefunden. Die Besitzlehre der Glossatoren geht von der Etymologie des Wortes possessio aus, das von pes, auch von sedes abgelautet wird[3]); naturaliter besitze nur derjenige, der die Sache corporaliter innehabe, ein Besitz ohne ein insistere beruhe auf einer Fiktion des jus civile. Demgemäß faßten sie auch die traditio[4]) „als einen Formalakt auf, zu dessen Wesen und rechtlicher Giltigkeit es regelmäßig gehöre, daß die zu tradierende Sache im buchstäblichen Sinne aus der Hand des Gebers in die des Nehmers gebracht werde, wenn sie eine bewegliche, oder von letzterem mit den Füßen betreten werde, wenn sie eine unbewegliche sei." In den Stellen des Corpus Juris Civilis, wo dieser Akt fehlte und doch dieselben rechtlichen Wirkungen eintraten, als ob er vorgenommen sei, wurde eine fingierte Tradition substituiert. Als Fälle dieser traditio ficta, die als „rei ipsius[5]), sed sine actu corporali facta translatio" definiert wurde, erschienen die traditio brevi manu, das constitutum possessiorium und die traditio propter rei praesentiam. Neben diese treten jene Fälle, wo zwar gewisse körperliche Akte verlangt wurden, aber doch kein corpus im Sinne der glossatorischen traditio vera vorlag, die Übergabe durch signatio, durch Übergabe von Urkunden und durch Schlüsselübergabe. Hier wurde nach Ansicht der damaligen Juristen der Erwerb[6]) „nota aliqua sive symbolo" vermittelt, und diese Traditionsart nannte man symbolische

[1]) l 18 § 2 D 41, 2, oben S. 20.
[2]) Vgl. hierzu Biermann trad. ficta S. 18—33.
[3]) Biermann trad. ficta S. 37.
[4]) Exner S. 153.
[5]) Exner S. 155 Anmerk. 7.
[6]) Exner S. 159.

Tradition[1]), „cum non res ipsa traditur, sed actus aliquis repraesentans traditionem celebratur". Der symbolischen Tradition war durch die scholastische Philosophie, die bei ihren Deduktionen gleichfalls mit dem Repräsentationsgedanken arbeitete, und durch das an Symbolen reiche deutsche Recht der Boden bereitet; und sie wurde auch über die Fälle des Corpus Juris Civilis hinaus angewandt, was man vom Standpunkt des Natur-, des allgemeinen Vernunftsrechtes aus zu rechtfertigen suchte.

Die Doppelreihe der Besitztraditionen, die traditio vera einerseits, und die traditio ficta und symbolica andererseits, beherrschte das gemeine Recht bis auf Savigny. Dieser[2]) hat die Gegenüberstellung von traditio vera und traditio ficta als nicht berechtigt angegriffen, weil es für den Besitzerwerb allein auf die Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung auf die Sache ankomme, diese aber ausnahmslos auch in den Fällen der traditio ficta und symbolica vorliege. Abgesehen von seiner schiefen Auffassung des Besitzes, dessen Wesen er in der eben genannten Möglichkeit sieht, unmittelbar auf die Sache einzuwirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen, war Savigny insoweit recht zu geben, als die gemeinrechtliche Scheidung der Traditionsarten in der Tat nicht berechtigt ist. Wenn auch in den Fällen der fingierten Tradition kein corpus im Sinne eines äußeren, die tatsächliche Gewalt verschaffenden Aktes verlangt wurde, so durfte doch nicht übersehen werden, daß hier der Erwerber doch stets in einer solchen Lage sich befinden mußte, daß ihm die Herrschaft über die betreffende Sache jederzeit zugänglich war. Die einschlägigen Entscheidungen des Corpus Juris Civilis beruhen sämtlich auf diesem Gedanken. Das durfte nicht verkannt werden. Die die traditio ficta und symbolica verteidigende Lehre aber, die sich für eine Übertragung des Besitzes durch Symbole und Vertrag aussprach, neigte dazu, den Besitz von jeder tatsächlichen Grundlage loszulösen und im Sachenrecht statt des Traditionssystems das Vertragsprinzip einzuführen. Der Code civil hat unter dem Einfluß dieser Lehre für die Eigentumsübertragung das reine Vertragsprinzip angenommen, und in beschränkterem Maße gilt dieses Prinzip auch im heutigen Handelsrecht, wo das Eigentum an Seeschiffen durch bloßen Vertrag übertragen wird. Auf dem Boden des gemeinen Rechts dagegen, wo das Corpus Juris als Rechtsquelle galt, ließ sich die in der symbo-

[1]) Exner S. 159.

[2]) §§ 16—18.

lischen und fingierten Tradition zu tage tretende Hinneigung zu dem Vertragsprinzip de lege lata nicht rechtfertigen.

Die größeren deutschen Partikulargesetzgebungen nach der Rezeption haben den gemeinrechtlichen Gegensatz von traditio vera und traditio ficta et symbolica aufgenommen, so der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756, das Allgemeine Landrecht von 1792/94 und das Österreichische Bürgerliche Gesetzbuch von 1811.

Das Allgemeine Landrecht verdient besondere Beachtung, weil in ihm versteckter Weise eine Abkehr von der symbolischen Tradition, wie sie die spätere gemeinrechtliche Schule meinte, stattfindet. In § 61, I, 7 heißt es zwar: „Die Übergabe kann nicht nur körperlich, aus Hand in Hand, sondern auch durch Zeichen (symbolisch) geschehen." Doch durch die Bestimmung des § 64: „Auch muß die symbolische Übergabe von der Beschaffenheit sein, daß der körperlichen Besitznehmung ferner nichts im Wege steht" wird diese symbolische Tradition als eine nicht auf geistreichen Symbolen, sondern auf der Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft beruhende Tradition gekennzeichnet. Eine fortgeschrittene Verkehrsauffassung spiegelt sich in § 59, I, 7 wieder: „Die bloße Willenserklärung des bisherigen Besitzers ist hinreichend, den Besitz einer Sache zum Vorteil eines andern zu erledigen, insofern dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, über die Sache zu verfügen." Noch fortgeschrittener lautete[1]) dieser Paragraph im ersten Entwurf: hier war an jene Willenserklärung nicht, wie jetzt, nur die Besitzaufgabe, sondern sogar die Besitzübertragung geknüpft.

II. Dogmatischer Teil.

Der Besitzerwerb durch Einigung in § 854 II BGB.

§ 8. Der Besitzbegriff des BGB.

Im einleitenden Paragraphen ist die Bedeutung des Besitzes im heutigen Rechtssystem kurz angedeutet worden. Der Besitz als solcher genießt Schutz, indem jeder Besitzer, allein unter Berufung auf die Tatsache des Besitzes, private Eigenmacht sowohl im Wege der Selbsthilfe als auch im Prozeßwege abwehren kann. War dieser Schutz des Besitzes als solchen, ohne Rücksicht auf das Recht zum Besitze, in früheren unsicheren Zeiten die praktisch wichtigste Seite des Besitzinstitutes, so ist in der heutigen friedlichen Kulturepoche die praktische Bedeutung

[1] Biermann trad. ficta S. 350.

des Besitzschutzes völlig in den Hintergrund getreten vor der Bedeutung, die dem Besitz im sachenrechtlichen Systeme, namentlich in Beziehung auf bewegliche Sachen, zugefallen ist. Der Besitz hat auf diesem Gebiete das Erbe der Gewere angetreten:

Es spricht eine Rechtsvermutung dafür, daß der Besitzer einer beweglichen Sache ihr Eigentümer sei. Im Anschluß an diese Rechtsvermutung gewährt das BGB. dem, der eine bewegliche Sache im Besitz gehabt hat, einen Herausgabeanspruch gegen den unredlichen Erwerber; war die Sache dem früheren Besitzer wider dessen Willen abhanden gekommen, so ist auch der gutgläubige Erwerber verpflichtet, die Sache an ihn herauszugeben. Die Eigentumsvermutung für den Besitzer geht ferner so weit, daß derjenige, welcher eine bewegliche Sache nur im Besitz, nicht auch im Eigentum hat, die Macht besitzt, auf einen gutgläubigen Erwerber unter gewissen Voraussetzungen nicht nur den Besitz, sondern auch das Eigentum zu übertragen. 10- bzw. 30jähriger Besitz in Verbindung mit noch einigen anderen Voraussetzungen läßt sowohl bei beweglichen als auch bei Grundstücken das Vollrecht des Eigentums entstehen. Inbesitznahme beweglicher herrenloser Sachen führt sofort zum Eigentumserwerb. Die unstreitig wichtigste Funktion aber versieht der Besitz durch die ihm gleichfalls von der Gewere überkommene Translativwirkung. Die an beweglichen Sachen überhaupt möglichen dinglichen Rechte, das Eigentum, der Nießbrauch, das Pfandrecht, alle sind in ihrer Existenz insofern an den Besitz geknüpft, als die Übertragung des Eigenstums und die Begründung von Nießbrauch und Pfandrecht regelmäßig durch die Übertragung des Besitzes bedingt ist.

Mit dem Augenblick, wo das Recht dem Besitz in seinem sachenrechtlichen Systeme eine so weit gehende Bedeutung zumaß, war es vor die Notwendigkeit gestellt, seinerseits die Tatbestände zu fixieren, die es als Besitz mit jenen weitgehenden rechtlichen Folgen zu umkleiden gesonnen war. Dieser Aufgabe hat sich das BGB. im ersten Abschnitt seines Sachenrechtes unterzogen. An der Spitze dieses Abschnittes stehen die beiden miteinander korrespondierenden Paragraphen 854 Absatz 1 und 856 Absatz 1, der eine den Besitzerwerb, der andere den Besitzverlust regelnd. „Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben." „Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert." Die Worte „tatsächliche

Gewalt" sind dem Wortschatz der damaligen Wissenschaft entnommen. Wer in der Besitzliteratur zur Zeit des Entstehens des BGB. Bescheid weiß, weiß auch, daß die Worte „tatsächliche Gewalt" das wiedergeben sollen, was die Römer bei ihrem Besitzbegriff als corpus bezeichneten. Wie der Begriff des römischen corpus der Verkehrsanschauung entlehnt war und „ein Machtverhältnis bezeichnete, welches dem freilich wechselnden, unter der Zucht der Moral wie des Rechtes stehenden Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erschien"[1]), so hat auch unser Bürgerliches Gesetzbuch mit den Worten „tatsächliche Gewalt", im Einklang mit der Verkehrsanschauung, nur jenes Verhältnis von einer Person zu einer Sache bezeichnen wollen, das gemäß den gesellschaftlichen, sozialen Zuständen von unserem Volksbewußtsein als Herrschaft empfunden wird. Den Besitz erwirbt also derjenige, welcher in seiner Person ein von der Verkehrsanschauung getragenes Herrschaftsverhältnis zu der Sache herstellt. Und er behält ihn solange, bis sein Besitz nach § 856 I durch endgültigen Verlust der tatsächlichen Gewalt beendet wird.

Angesichts der Tatsache, daß das Gesetz in den an die Spitze des Abschnitts über den Besitz gestellten Paragraphen den Erwerb und Verlust des Besitzes mit der Erlangung und dem Verluste der tatsächlichen Gewalt verknüpft hat, kann man sich versucht fühlen, Besitz und tatsächliche Gewalt für identische Dinge zu erklären. Doch das Gesetz selbst erklärt diese Ansicht für unrichtig, wie gleich näher an den §§ 854 II, 855, 857 und 868 zu zeigen sein wird. Aber abgesehen davon, auch aus allgemeinen rechtlichen Gründen ist es verfehlt, den Besitz als bloßes Faktum zu betrachten. Zunächst ist „jedes Verhältnis, an welches das Recht rechtliche Folgen knüpft," damit aus dem Bereich der bloßen Tatsachen ausgeschieden und „ein Rechtsverhältnis geworden"[2]). Den Besitz gar als subjektives Recht zu bezeichnen, das hängt ganz davon ab, wie weit oder wie eng man die Definition für den Begriff des subjektiven Rechtes faßt. Unserer Ansicht nach ist die Bezeichnung des Besitzes als eines subjektiven Rechtes mit dem Begriffe des subjektiven Rechtes verträglich. Man muß nur erwägen, daß der Besitz durch seine weitgehende Verwendung in unserem Rechtssystem in die Sphäre der Rechtsbegriffe eingetreten ist und in der Begriffswelt des Juristen seine konkrete Gestalt mit einer abstrakten vertauscht hat. Ebenso

[1]) Goldschmidt Grundlagen S. 78.
[2]) Ihering Besitzwille S. 50.

wie der Jurist aus der Erfahrungstatsache, daß jemand mit gewissen Sachen schalten und walten darf, wie er will, das Recht des Eigentums als Rechtsbegriff abstrahierte, so abstrahiert er, da nun 'mal die Jurisprudenz ohne eigene Begriffe nicht arbeiten kann, aus dem tatsächlichen Machtverhältnis, das vom Verkehr als Besitz betrachtet wird, den Rechtsbegriff des Besitzes. Dieser Rechtsbegriff des Besitzes ist ein Abstraktum, über dessen Entstehen und Untergang fortab allein die Rechtsordnung entscheidet.

Die Vorschriften in den schon angeführten §§ 857, 868, 855 und 854 II zeigen deutlich — und das ist ein weiterer, unanfechtbarer Grund dafür, die Gleichsetzung von Besitz und tatsächlicher Gewalt zu verwerfen —, daß das Recht unter Besitz nicht das Faktum der tatsächlichen Gewalt, sondern ein der juristischen Begriffswelt angehörendes Ding versteht, das vom Recht in freier Weise auch mit einem Tatbestand verbunden worden ist, der dem Besitzer auch nicht den Schimmer einer tatsächlichen Gewalt zu verleihen braucht.

Wenn das Gesetz kurz und knapp (§ 857) bestimmt: „Der Besitz geht auf den Erben über", so ist damit deutlich ausgesprochen, daß Besitz und tatsächliche Gewalt zwei verschiedene Dinge sind. Eine Rechtsvorschrift, daß mit dem Erbfall auf den Erben die tatsächliche Gewalt über den Nachlaß übergeht, wäre schlechterdings unsinnig. Denn über Tatsachen hat das Gesetz keine Macht. „Allerdings wird erfahrungsgemäß der Nachlaß eines Menschen bei entwickelteren Kulturzuständen von den anderen zugunsten des wenngleich unbekannten Erben als fremder Wirtschaftskreis respektiert, und dadurch entsteht zwar mit dem Erbfalle in unserer heutigen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft stets ein tatsächliches Zurverfügungstehen des Nachlasses für den Erben."[1]) Aber das Vorhandensein dieses tatsächlichen Machtverhältnisses müßte doch von Fall zu Fall konstatiert werden. Der jede Ausnahme ausschließende Wortlaut des Gesetzes läßt hierfür keinen Raum, sondern sein Sinn ist der, daß der Erbe, wie er mit Eintritt des Erbfalles sofort in die Rechte und Pflichten des Erblassers einrückt, so auch mit dem gleichen Augenblick in dessen Besitzerrechtsposition eintritt, gänzlich ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Machtverhältnisse. Wenn das B.G.B. in den §§ 2025 [1] und 2027 [2] „den Erben, der den Besitz der Nachlaßsachen bereits t a t s ä c h l i c h ergriffen hat, dem Erben, der lediglich

[1]) Heymann S. 158.

durch Erbfolge den Besitz erlangt hat, gegenüberstellt",[1]) so ist an diesen beiden Stellen das Gesetz seiner sonst von ihm aufgestellten und durchgeführten Bedeutung des Wortes „Besitz" nicht ganz treu geblieben und hat, entsprechend dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens, das Wort „Besitz" in rein tatsächlicher Bedeutung gebraucht. Auf die grundsätzliche Auffassung des Besitzes als eines Rechtsbegriffes hat jedoch diese den Redaktoren des Gesetzes offenbar entgangene, nicht ganz korrekte Ausdrucksweise keinerlei Einfluß.

Ein Tatbestand, an den das Gesetz ferner die Rechtsstellung des Besitzers geknüpft hat, ohne daß ein tatsächliches Machtverhältnis im Sinne der Verkehrsanschauung zugrunde läge, ist das Verhältnis des Vermieters, Verpächters usw. (§ 868) zu der vermieteten, verpachteten Sache. Der Besitz auf Grund der tatsächlichen Herrschaft nach § 854 I steht hier dem Mieter, dem Pächter der Sache zu. Darüber hinaus hat aber auch der Vermieter usw. die Rechtsstellung des Besitzers, und sein Besitz wird, genau so wie der Besitz des Mieters, von allen den Besitz behandelnden Gesetzesvorschriften betroffen, soweit nicht etwa ausdrückliche Ausnahmen gemacht sind.

In ähnlicher Weise, wie in § 868 und in praxi nicht immer leicht von § 868 zu sondern, wird gemäß § 855 der Besitz dem zugesprochen, für den ein anderer die tatsächliche Gewalt in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat. Im Gegensatz zu § 868 kommt in § 855 nur dem Herrn, für den die tatsächliche Gewalt durch den „Besitzdiener" ausgeübt wird, die Rechtsstellung des Besitzers zu, nicht auch dem Besitzdiener.

Zu den aufgeführten Tatbeständen, an die die Besitzerrechtsposition geknüpft ist, ohne daß die Erlangung der tatsächlichen Gewalt Voraussetzung des Besitzes wäre, kommt noch der Tatbestand des § 854 Absatz 2. Um die Wirkung des Besitzerwerbes herbeizuführen, ist nach § 854 II zweierlei erforderlich:

1. Der bisherige Besitzer und der Erwerber müssen sich über den Besitzübergang einigen.

2. Der Erwerber muß in der Lage sein, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben.

Diese beiden Tatbestandsmomente erfordern im einzelnen eine genauere Erörterung.

[1]) Dernburg Sachenrecht S. 69.

§ 9. Die Einigung im § 854 Absatz 2 B.G.B.

Die Einigung erfolgt zwischen dem bisherigen und dem Erwerber. Ihr Inhalt ist der, daß die Rechtsstellung des Besitzers von nun an dem Erwerber zustehen soll. An eine Form ist sie nicht gebunden; konkludente Handlungen genügen.

Man streitet darüber, ob die Einigung als zweiseitiges Rechtsgeschäft, als Vertrag aufzufassen ist oder nicht.

Rückschlüsse aus § 873 und § 929, wo das Bürgerliche Gesetzbuch auch von Einigung und Einigsein spricht, auf die Einigung in § 854 II können kein zwingendes Resultat ergeben. Es ist besser, das Wesen der Einigung aus § 854 II selbst zu erfassen.

Um die Grenzen unserer Aufgabe nicht zu überschreiten, müssen wir darauf verzichten, die nicht unbestrittenen Begriffe Rechtsgeschäft, Willenserklärung und Vertrag selbständig aus dem Feuer der Meinungskämpfe herauszuholen. Wir legen die Definition der Motive zugrunde, in der Überzeugung, daß sich dort der Niederschlag der damals und auch heute noch herrschenden Ansicht findet, die auch von unserem Gesetze geteilt wird. In den Motiven[1]) heißt es: „Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist." Außerdem sei festgestellt, daß unser Gesetz Willenserklärung und Rechtsgeschäft promiscue gebraucht und daß Vertrag von der herrschenden Meinung und auch von B.G.B. als zweiseitiges Rechtsgeschäft aufgefaßt wird.

Die Einigung in § 854 II muß, um zweiseitiges Rechtsgeschäft, Vertrag zu sein, zweierlei enthalten: Zwei Willenserklärungen und einen durch sie hervorgerufenen Erfolg, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Dem ersten Erfordernis genügt sie zweifellos: eine Einigung besteht darin, daß zwei Willen übereinstimmend erklärt werden. Fehlt noch das zweite Erfordernis, der rechtliche Erfolg, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Der Inhalt der beiden übereinstimmenden Willen, die zusammen die Einigung bilden, ist der, daß von nun an der Besitz nicht mehr dem Vorbesitzer, sondern dem Erwerber zustehen soll. Die Wirkung (vorausgesetzt, daß die vorgeschriebene Bedingung erfüllt ist, daß der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben)

[1]) I S. 126.

ist nach Gesetzesvorschrift Übergang des Besitzes auf den Erwerber. Besitzerwerb ist ein rechtlicher Erfolg. Denn läßt sich zwar darüber streiten, ob der Besitz ein subjektives Recht ist, so ist doch das unbestritten, daß der Besitz eine rechtlich erhebliche Tatsache, ein Rechtsverhältnis ist. Sein Erwerb ist also ein rechtlicher Erfolg.

Doch hören wir, was die Gegner[1]) sagen.

Planck zweifelt an der Vertragsnatur der Einigung, gibt aber keine nähere Begründung.

Aravantinos, nach dessen nicht ganz klarer Ansicht die Einigung keine bloße Rechtshandlung (S. 154), sondern nur der entsprechenden Anwendung der rechtsgeschäftlichen Normen über Willensmängel, Anfechtung usw. fähig sein soll (S. 155), Maenner und Manigk gehen ungefähr übereinstimmend davon aus, daß „man beim Besitz die Tatsache der Gewalt und das daraus entspringende Besitzrecht zu unterscheiden habe." „Die Einigung im § 854 II bezwecke aber nur die Herstellung eines tatsächlichen Zustandes, an den sich rechtliche Folgen knüpfen, aber nicht die Herbeiführung der rechtlichen Folgen." Es fehle also der in der Rechtsgeschäftsdefinition geforderte Kausalzusammenhang zwischen Willen und rechtlichem Erfolge.

Dem kann nicht beigetreten werden. Zugegeben, daß die Einigung, die in den äußeren tatsächlichen Verhältnissen keinerlei Veränderung herbeiführt, im Inneren des Erwerbers durch Beseitigung eines psychischen Hindernisses eine Änderung hervorruft, indem sie dem Erwerber das Gefühl des Nichtbeherrschendürfens nimmt, das ihn an der Herrschaft über die ihm doch zugängliche Sache hinderte, so ist es doch unzulässig, den tatsächlichen Zustand und die vom Recht an ihn geknüpfte Rechtsfolge, nämlich den Erwerb des Besitzes, in der genannten Weise zu trennen. Daß die Kontrahenten bei der Einigung wahrscheinlich meistens in erster Linie an die tatsächliche Seite, nicht an die rechtlichen Folgen denken, kann nicht maßgebend sein. Denn sonst läuft man Gefahr, den ganzen Rechtsgeschäftsbegriff zu verlieren; denn denken nicht auch bei anderen Rechtsgeschäften, z. B. beim Kaufe, die Parteien oft nur an die Tatsache, daß der eine die Ware bekommt, der andere das Geld, oder erwägen sie beim Kaufabschluß stets auch die eventuellen rechtlichen Folgen, wie Mängelhaftung usw.? Auf

[1]) Aravantinos S. 154, Kreß S. 309 u. 316 ff., Maenner S. 132/133, Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte S. 261 und Willenserklärung und Willensgeschäft S. 660—663, Planck S. 33.

die juristische Erfassung durch die Parteien kann es beim Rechtsgeschäft nicht ankommen. Wer eine Tatsache will, der will, wenn diese Tatsache eine vom Recht anerkannte und mit rechtlichen Folgen umkleidete ist, einen rechtlichen Erfolg[1]).

Von anderer Seite aus bekämpft Kreß (Besitz und Recht 1909) die Rechtsgeschäftsnatur der Einigung. Der Erfolg des Besitzerwerbes trete hier nicht nach der Rechtsordnung, sondern vielmehr nach der Verkehrsanschauung ein. Diese Sondermeinung hängt mit der Art und Weise zusammen, mit der Kreß den Besitz überhaupt auffaßt. Kreß scheidet nämlich zwischen dem von der Verkehrsanschauung getragenen, auf tatsächlicher Herrschaft beruhenden „Verkehrsbesitz" und dem von jener realen Unterlage losgelösten, allein auf der Rechtsordnung fußenden „juristischen Besitz" (Erbenbesitz, mittelbarer Besitz). Diese Scheidung ist nicht falsch, aber juristisch ziemlich bedeutungslos, da das Recht nur einen Besitz kennt, diesen ohne Rücksicht auf seine Herkunft (fast) ausnahmslos gleich behandelt, ihn mit den gleichen Wirkungen umgibt, mag er gleichzeitig auch vom Verkehr als Besitz anerkannt werden oder mag er allein seine Grundlage in dem positiven Rechte haben. Unrichtig aber ist es, die tatsächliche Seite des „Verkehrsbesitzes" in den Vordergrund zu schieben, ohne genügend zu betonen, daß der „Verkehrsbesitz" nicht identisch ist mit dem abstrakten Etwas, das unser Gesetz als Besitz bezeichnet, sondern die juristische Bedeutung des „Verkehrsbesitzes" lediglich darin besteht, daß er nicht der Tatbestand, sondern einer von den Tatbeständen ist, an die das Gesetz die Rechtsstellung des Besitzes geknüpft hat.

Was die uns interessierende Frage betreffend die Natur der Einigung in § 854 II angeht, so ist Kreß allerdings darin Recht zu geben, daß die Rechtsregel des § 854 II aus den Anschauungen des Verkehrs herausgewachsen ist, der unter den in § 854 II aufgestellten Bedingungen das Bestehen eines „Verkehrsbesitzes" anerkennt. Abgesehen zunächst von der Natur des Besitzes als eines Rechtes, so ist selbst mit jenem Satze doch nicht dargetan, daß der Besitzerwerb in § 854 II nicht nach der Rechtsordnung, sondern nach der Verkehrsanschauung eintritt. Die Sachlage ist vielmehr folgende: Verkehr und Rechtsordnung sind nicht zwei einander fremd gegenüberstehende Mächte, sie stehen vielmehr in denkbar innigster Wechselwirkung. Die Rechtsordnung ist ein Nieder-

[1]) Vgl. Bruck Bedingungsfeindliche Geschäfte S. 119/20.

schlag der Verkehrsanschauung: Was der Verkehr als seine Anschauung herausbildet, die Rechtsordnung sanktioniert es, erkennt die Regeln des Lebens an und erhebt sie damit zu Rechtsregeln. Kein Rechtsinstitut ist von der Rechtsordnung aprioristisch geschaffen worden, sondern jedes ist aus dem Verkehr herausgewachsen. Kauf, Miete, Pfand sind alle den Bedürfnissen und Anschauungen des Verkehrs entsprossen, aber durch die Sanktion der Rechtsordnung sind sie auf den Boden des Rechts verpflanzt worden und zu Rechtsinstituten geworden. Genau so steht es mit der Einigung in § 854 II. Die Regel des Verkehrs, der unter den in § 854 II aufgestellten Bedingungen das Bestehen eines „Verkehrsbesitzes" anerkennt, ist durch § 854 II Rechtsregel geworden, und der Besitzerwerb tritt heute nach der Rechtsordnung ein[1]).

Von dem von uns eingenommenen Standpunkte aus, daß der Besitz eine vom Rechte getragene Rechtsstellung, ein Recht ist, kann an der Rechtsgeschäftsnatur der Einigung von vornherein kein Zweifel bestehen. Die Einigung ist zweiseitiges Rechtsgeschäft, Vertrag. Sie untersteht also den Vorschriften über Rechtsgeschäfte, die sich im allgemeinen Teil des B. G.-B. finden. Daraus ergeben sich für den Besitzerwerb die wichtigsten Folgerungen. Denn da er mit der Einigung steht und fällt, so ist auch er auf diese Weise den Vorschriften über Rechtsgeschäfte unterstellt.

Nur Geschäftsfähige können nach § 854 II Besitz erwerben und übertragen. Geschäftsunfähige sind schlechthin ausgeschlossen, beschränkt Geschäftsfähige können zwar Besitz erwerben, aber nicht übertragen, da sie nach § 107 BGB. nur solche Willenserklärungen rechtswirksam abgeben können, die ihnen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen.

Die Mängel, die den die Einigung bildenden Willenserklärungen anhaften können, beeinflussen den Besitzerwerb. Ist die eine der beiden Willenserklärungen infolge von Simulation, von mangelndem Ernst nichtig, so ist auch kein Besitzerwerb erfolgt. Ist eine der beiden Willenserklärungen wegen Irrtums, wegen Drohung oder Täuschung anfechtbar, so ist auch der Besitzerwerb in seinem Bestand gefährdet. Denn erfolgt die Anfechtung, so fällt die Einigung und damit auch der Besitzerwerb

[1]) Unverständlich ist, wie Kreß S. 316 Anmerk. 853 und Staudinger S. 20 (ob in Abhängigkeit von dem ersteren, steht dahin) dazu kommen, Fischer-Henle als Gegner der Rechtsgeschäftsnatur anzuführen, wo Fischer S. 544 ausdrücklich sagt: „Die Einigung ist Rechtsgeschäft und Vertrag."

ex tunc fort, vorausgesetzt, daß der Erwerber sich nicht inzwischen in solche Beziehung zu der Sache gesetzt hat, daß ihm der Verkehr auch ohne Rücksicht auf die Einigung die tatsächliche Gewalt zuspricht[1]). Jedoch sind im Interesse Dritter, die vor erfolgter Anfechtung den Besitz ebenfalls nach § 854 II erworben und die ihn durch die Anfechtung nach strenger Rechtslogik verlieren müßten, der rückwirkenden Kraft der Anfechtung gewisse Grenzen zu ziehen, ein Gedanke, der, aus dem Publizitätsprinzip entspringend, unserem Recht durchaus nicht fremd ist und sich beispielsweise in § 115 I² BGB., § 32 FGG. und § 311 II HGB. ausgesprochen findet. Bevor die Anfechtung erfolgt, ist dem ersten Erwerber gewissermaßen „eine formelle dingliche Verfügungsmacht“[2]) über den Besitz zuzusprechen. Der Besitz desjenigen also, der von ihm gutgläubig — wäre der zweite Erwerber bösgläubig, so käme § 142 II BGB. zur Anwendung — nach § 854 II erwarb, wird durch die Anfechtung nicht berührt.

Die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften kann nach Verabredung der Parteien von einer Bedingung und von dem Eintreten eines bestimmten Termines abhängig gemacht werden. Durch die Einigung in § 854 II ist also ein bedingter und befristeter Besitzerwerb möglich. Kniep[3]) nennt das zwar eine Künstelei, doch das zur Stützung seiner Ansicht angeführte Beispiel ist gänzlich ungeeignet, da selbstverständlich nicht der „Gewahrsamsbesitz“, sondern nur der „offene Besitz“ bedingt sein kann. Zweifel können bei der Anwendung des § 161 BGB. entstehen. Sie sind derselben Natur wie vorhin, als es sich um die rückwirkende Kraft der Anfechtung handelte. Es dürfte auch hier vielleicht keine unangemessene Lösung sein, wenn man die Vorschriften zugunsten desjenigen, der Rechte von einem Nichtberechtigten herleitet, analog auf den Besitz anwendet. Dem Besitzer als solchem steht „eine formelle dingliche Verfügungsmacht“ zu, die den Erwerber davor schützt, daß jene ihm den Besitz verschaffende Verfügung infolge des Eintritts der Bedingung oder des Termines der Unwirksamkeit verfällt.

Gemäß den im allgemeinen Teil des BGB. für Verträge gegebenen Vorschriften ist die Einigung auch den Bestimmungen über

[1]) Hierzu vgl. Aravantinos S. 157 ff. Gegen ihn Manigk Willenserklärung und Willensgeschäft S. 662, der ungerechtfertigterweise nur den Fall im Auge hat, daß der Erwerber nach der Einigung ein Verhältnis zur Sache herstellt, welches ihn ohne Rücksicht auf die Einigung zum Besitzer macht.

[2]) Aravantinos S. 159.

[3]) Besitz S. 161.

die Gebundenheit des Antragstellers unterworfen. Nach § 145 BGB. ist also derjenige, welcher den Besitzübergang einem anderen anträgt, an diesen seinen Antrag gebunden. Nimmt der andere den Antrag rechtzeitig an, so übt durch Besitzhandlungen nicht er, sondern der Antragende verbotene Eigenmacht[1]).

Zu betonen ist, daß nur die allgemeinen Vorschriften über Verträge auf die Einigung des § 854 II in Anwendung kommen. Demnach ist eine Einigung zugunsten eines Dritten unzulässig. Verträge zugunsten eines Dritten sind, wie die Stellung des sie behandelnden Abschnitts im BGB. beweist, nur eine Besonderheit des Obligationsrechts, und es geht nicht an, auch die dinglichen Verträge den dort gegebenen Vorschriften zu unterstellen. Strohals[2]) gegenteilige Ansicht ist, wie nach dem Wortlaut des Gesetzes, so auch aus inneren Gründen ungerechtfertigt. Strohal beruft sich auf § 952 BGB., der die Zulässigkeit eines dinglichen Vertrages zugunsten eines Dritten dartue. „Mit der zu seinen Gunsten begründeten Forderung erwerbe der Dritte zugleich auch das Eigentum an dem vom Schuldner über diese Forderung ausgestellten Schuldscheine." Diese Beweisführung ist nicht zwingend, im Gegenteil, der Eigentumserwerb am Schuldschein ist hier so eng an das Entstehen des Forderungsrechtes geknüpft, daß daraus deutlich hervorgeht, daß nicht die Einigung zugunsten des Dritten das Eigentum am Schuldschein entstehen läßt, sondern vielmehr das durch den Vertrag entstandene Forderungsrecht. Strohals zweiter Grund für seine Ansicht, den auch Leonhard[3]) anführt, das Gesetz verlange zum Besitzerwerb nicht einen Besitzwillen des Erwerbers, darum sei auch die Einigung zugunsten eines Unbeteiligten wirksam, kann nicht überzeugen. Es soll dahin gestellt bleiben, ob nicht trotz des Mangels einer besonderen Erwähnung in § 854 I doch ein Besitzwille unentbehrlich ist; in § 854 II sind es jedenfalls die beiden übereinstimmenden Willen, die das bisher nur äußere Verhältnis des Erwerbers zur Sache zum Gewaltverhältnis emporheben. Daraus folgt, daß der Erwerber bei dieser Willenseinigung beteiligt sein muß[4]). Ein Bedürfnis vor allem, die Einigung

[1]) A. Ansicht Biermann Sachenrecht S. 9, der aber statt einer Begründung eine petitio principii gibt, und Kreß S. 318.

[2]) In Iherings Jahrbuch 38 S. 86—88.

[3]) S. 58.

[4]) So Staudinger S. 20, Planck S. 33, Biermann Sachenrecht S. 9, Bruck Einigung S. 31, Ortlieb S. 17, Cosack S. 22, Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte S. 53.

zugunsten Dritter zuzulassen, liegt nicht vor. Ersatz bietet, wie gleich näher zu zeigen, die Stellvertretung.

Die Einigung ist nämlich als Rechtsgeschäft bedenkenlos einer juristischen Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. zugänglich. Der Vertretene muß das tatsächliche Moment in seiner Person herstellen, während der Vertreter ihm die Einigung abnimmt. Durch die im Namen des Vertretenen erklärte Einigung tritt die Wirkung des Besitzerwerbes bei dem Vertretenen ein.

Ob bei dieser auch Vertreter ohne Vertretungsmacht auftreten können, hängt davon ab, inwieweit die Vorschriften über Vertretung ohne Vertretungsmacht auf die Einigung Anwendung finden. Hier ist größte Vorsicht geboten. Die Einigung in § 854 II ist ein dinglicher Vertrag, durch ihn wird keine Verpflichtung erzeugt, sondern eine Änderung in den Rechtsverhältnissen an Sachen hervorgerufen. Da im praktischen Leben die obligatorischen Verträge den größten Raum einnehmen, Laien und Juristen bei dem Wort „Vertrag" unwillkürlich zunächst an den obligatorischen Vertrag denken, so hat auch der Gesetzgeber bei den allgemeinen Vorschriften, die er im BGB. für Verträge gibt, in erster Linie den obligatorischen Vertrag vor Augen gehabt. Man muß sich hüten, den dinglichen Vertrag verständnislos in ein Kleid zwingen zu wollen, das für ihn nicht zugeschnitten ist. Die von der Vertretung ohne Vertretungsmacht handelnden Paragraphen sind, wie § 179 deutlich zeigt, in erster Linie für obligatorische Verträge bestimmt. Es ist zu untersuchen, wieweit ihre Vorschriften für die Einigung des § 854 II passen.

Tritt für den Erwerber ein Vertreter ohne Vertretungsmacht auf, so dürfte ihrer Anwendbarkeit auf § 854 II mit einer Modifikation kein Bedenken entgegenstehen. Die Einigung und damit der Besitzerwerb wird erst wirksam, wenn die Genehmigung des Erwerbers erklärt wird. Als notwendige Einschränkung muß aber das Erfordernis aufgestellt werden, daß zur Zeit der Genehmigung der andere noch Besitzer ist; hat dieser vor der Genehmigung den Besitz nach § 854 II an einen andern übertragen, so ist dieser andere nach dem von uns bei der Anfechtung und Bedingung entwickelten Grundsatze als unanfechtbarer Besitzer anzusehen.

Diese selbe Einschränkung würde zu machen sein, wenn für den Tradenten ein Vertreter ohne Vertretungsmacht auftritt. Zu der Zeit, wo der Tradent genehmigt, muß er noch Besitzer sein; sonst sind

ungesunde Resultate unvermeidlich. Doch statt in diesem Falle die §§ 177 ff. mit der eben genannten Modifikation anzuwenden, kommt man auf dem Weg über § 185 zu demselben Ergebnis. Die den Besitz übertragende Einigung ist eine Verfügung, da unter Verfügung jedes Rechtsgeschäfts zu verstehen ist, das bestehende Rechte aufhebt, überträgt oder verändert. Schließt für den Besitzer ein Vertreter ohne Vertretungsmacht die Einigung in § 854 II ab, so ist das nichts anderes, als die Verfügung eines Nichtberechtigten, die zur Wirksamkeit der Genehmigung des Berechtigten, der selbstverständlich eben zur Zeit der Genehmigung noch berechtigt sein muß, bedarf[1]).

§ 10. Das tatsächliche Moment in § 854 Absatz 2 BGB.

Die Einigung zwischen dem Erwerber und dem bisherigen Besitzer genügt nur dann zum Besitzerwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Durch das Wort „genügt" ist das Verhältnis des 2. Absatzes zum 1. Absatz des Paragraphen gekennzeichnet. Wenn nach Absatz I der Besitz, und zwar auch ohne Einigung, durch bloße Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben wird und Absatz II unter der Voraussetzung der entsprechenden Lage die Einigung zum Besitzerwerbe „genügen" läßt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß in Absatz II nicht die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, sondern ein Minus den Besitzerwerb herbeiführt. In § 854 II ist also ein vom Tatbestand des § 854 I verschiedener Tatbestand umschrieben, an den das Gesetz das Recht des Besitzes geknüpft hat.

Hiermit ist Stellung genommen zu der in der Literatur behandelten Streitfrage, ob § 854 II eine Ausnahme von § 854 I oder lediglich ein Anwendungsfall von § 854 I ist.

Die gegenteilige Ansicht[2]) scheitert an der Fassung des Gesetzes, wenn sie nicht annehmen will, daß die Ausdrucksweise des Gesetzes schlechthin unsinnig sei. Allerdings berufen sich die Anhänger dieser Ansicht für ihre Richtigkeit auf die Entstehungsgeschichte des § 854 II, auf die Denkschrift[3]) und auf die Motive[4]). Doch den Materialien eines Gesetzes kommt nicht mehr Bedeutung zu als jeder anderen in der Wissenschaft verfochtenen Ansicht. Ausschlaggebend ist immer

[1]) Vgl. hierzu Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 61—65.
[2]) Planck S. 33, Berg S. 9.
[3]) S. 162.
[4]) S. III S. 93.

nur das, was das fertige Gesetz selbst sagt, nicht was es hat sagen wollen oder was die Redaktoren sich bei der Schaffung des einzelnen Paragraphen gedacht haben.

Vollständig verfehlt ist das rabbulistische Argument Plancks und Bergs, daß, falls man der Ansicht sei, § 854 II sei nicht ein Anwendungsfall des ersten Absatzes, sondern umschreibe vielmehr einen vom ersten Absatz verschiedenen Tatbestand, der nach § 854 II erworbene Besitz nicht endigen könne: § 856 I könne in diesem Falle nicht Platz greifen, da der Besitzer nach § 854 II das nicht verlieren könne (d. h. die tatsächliche Gewalt), was er gar nicht habe. Natürlich kann der nach § 854 II erworbene Besitz nicht nach § 856 I endigen. Er endigt vielmehr einfach dadurch, daß eine von den beiden Tatbestandsvoraussetzungen wegfällt, entweder die Einigung, beispielsweise durch nachträgliche Anfechtung, oder das tatsächliche Moment, indem der Besitzer die Möglichkeit, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, einbüßt. Dies ist so einfach und einleuchtend, daß das Gesetz dies nicht erst ausdrücklich sagen brauchte, wie es beispielsweise ja auch nicht gesagt hat, daß das Eigentum an beweglichen Sachen durch physische Vernichtung der Sache untergeht.

Die Frage, wann man in der Lage ist, die Gewalt über eine Sache auszuüben, läßt sich nur nach den Anschauungen des Verkehrs beantworten. Ebensowenig man der Frage, wann man die tatsächliche Gewalt erlangt hat (§ 854 I), durch juristische Analyse beikommen kann, gerade so wenig ist dies bei unserer Frage möglich. Von Fall zu Fall ist, unter Berücksichtigung der besonderen Umstände und unter richtiger Bewertung der jeweiligen gesellschaftlichen, sozialen Anschauungen, die Frage zu beantworten, ob der tatsächlichen Beherrschung der Sache durch den Erwerber kein Hindernis entgegen steht.

Um in ihrer ganzen Tragweite und praktischen Bedeutung voll gewürdigt zu werden, muß die Vorschrift des § 854 II im Gegensatz zu der des § 854 I betrachtet werden.

Die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, an welche Voraussetzung im ersten Absatz der Erwerb des Besitzes geknüpft ist, ist in der Regel ohne eine Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen nicht denkbar. Mag diese Änderung je nach der Natur der in Besitz genommenen Sache mehr oder weniger sinnfällig sein, stets wird in den äußeren Beziehungen eine Annäherung zwischen Besitzer und Sache erfolgen müssen. Nachdem diese Annäherung einmal stattgefunden und dadurch

der Besitz erworben, kann — die Natur und die wirtschaftliche Verwendung mancher Sachen bringt das mit sich — die Intensität in der äußeren Beziehung von Besitzer zu Sache sehr wohl nachlassen. Der einmal begründete Besitz bleibt so lange erhalten, als der Besitzer nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge darauf rechnen kann, daß ihm die Herrschaft über die Sache zugänglich bleibt. Aus unseren früheren Ausführungen ist schon bekannt, daß vor allem Grundstücke, seltener bewegliche Sachen als Beispiele für die Erfahrungstatsache angeführt werden können, daß an die Fortdauer einmal begründeten Besitzes erheblich geringere Anforderungen als an seine Begründung gestellt werden und daß zur Erhaltung des Besitzes in diesen Fällen nur nötig ist, daß der Besitzer in der Lage bleibt, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Durch diese Lockerung in der äußeren Beziehung von Besitzer zu Sache, die das Bestehen des Besitzes in keiner Weise berührt, ist die Möglichkeit gegeben, daß, rein tatsächlich genommen, dritte Personen der Sache gegenüber in dieselbe Stellung einrücken, wie sie der Besitzer hat, d. h. daß auch andere als der Besitzer in der Lage sein können, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Das Moment, das den Besitzer vor jenen dritten Personen auszeichnet und ihm die Rechtsstellung als Besitzer verleiht, liegt in jenem der Vergangenheit angehörenden Ereignis, das einst ihn und die Sache in nähere Beziehung zu einander gesetzt, das einst ihn die tatsächliche Gewalt (§ 854 I) hatte erlangen lassen.

Bestände nun die Vorschrift des § 854 II nicht, so müßten jene dritten Personen, die neben dem Besitzer in der Lage sind, die Gewalt über die Sache auszuüben, zum Erwerb des Besitzes eine Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen herbeiführen, die sich als Erlangung der tatsächlichen Gewalt im Sinne des § 854 I darstellen ließe. Mit Rücksicht auf die Natur und wirtschaftliche Verwendung der betreffenden Sachen aber würde bald nach jenem besitzbegründenden Vorgange die Intensität des Bandes zwischen neuem Besitzer und Sache nachlassen, nicht lange nach Besitzerwerb würde der neue Besitzer der Sache genau ebenso gegenüberstehen wie vor Erwerb des Besitzes. Unter solchen Umständen hat der äußere Vorgang, der sich als die Erlangung der tatsächlichen Gewalt von seiten jener dritten Personen darstellt, lediglich formalen Wert. Die Bedeutung des § 854 II besteht nun darin, daß er diesen Formalismus glücklich verhindert und in den geschilderten Fällen gegenüber § 854 I eine bedeutend erleichterte Art des Besitz-

erwerbes darstellt. Im Falle daß der Besitzerwerber sich in der Lage befindet, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, ist zum Erwerb des Besitzes durch ihn auch nicht die kleinste Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen erforderlich, sondern schon die Einigung mit dem Vorbesitzer reicht hin, um dem Erwerber den Besitz zu verschaffen.

Die Entwicklung, die in Rom mit der Einräumung leeren Besitzes begann, aber, wie das Festhalten an dem Erfordernis der praesentia rei, der itio in fundum oder der demonstratio ex turre zeigt, noch in sinnlichen Vorstellungen befangen war, hat auf dem Wege über die Praxis des gemeinen Rechtes in § 854 II B. G.-B. zu einem gesunden Resultat geführt.

Ein Beispiel soll das Vorgetragene klarer machen.

A ist Besitzer einer außerhalb des Dorfes liegenden Wiese. Ein äußeres Kennzeichen seines Besitzes ist lediglich darin zu finden, daß A zur Zeit der Heuernte mit seinen Leuten hinaus auf die Wiese zieht, um dort das Gras zu mähen und als Heu einzufahren. Außerhalb der Heuzeit steht A zur Wiese in keinem anderen Verhältnis als jeder andere Dorfbewohner, der, rein tatsächlich genommen, genau so wie A jederzeit in der Lage ist, auf die Wiese hinauszugehen und dieselbe wirtschaftlich zu nutzen. Der Dorfnachbar des A, B, will nun die Wiese auf einige Jahre pachten. Die Pacht soll zum 1. April beginnen, also zu einer Zeit, wo ein Landwirt auf der Wiese selbst nichts zu tun hat. Zur Übergabe der Wiese an den B ist nun dank der Vorschrift des § 854 II nicht nötig, daß A und B etwa auf die Wiese hinausgehen und angesichts der Wiese die Besitzübergabeerklärungen abgeben, oder daß B wenigstens allein auf die Wiese geht und dort etwa durch Warnungstafeln öffentlich seine Besitzergreifung kundtut. Sondern es genügt, wenn A und B in der Wohnung des A ihre übereinstimmenden Willen erklären, daß der Besitz nunmehr dem B zustehen soll. Von diesem Augenblicke an ist nach Vorschrift des § 854 II B Besitzer der Wiese, ohne daß in den äußeren Verhältnissen auch nur die geringste Änderung eingetreten ist und obwohl B erst viel später, wahrscheinlich erst im Juni, in der Heuernte, zur Wiese in eine nähere Beziehung tritt als die andern Dorfbewohner.

Ein Beispiel noch für bewegliche Sachen.

A ist Bauer und pflügt sein Feld. Als er damit fertig, geht er heim, läßt aber den Pflug auf dem Felde stehen, um ihn erst am nächsten

Tage abzuholen. Abends trifft er im Wirtshaus den B, der ihm den Pflug abkaufen will. Sie werden handelseinig, B zählt dem A das Geld auf, und A erklärt: „Du kannst Dir jederzeit den Pflug auf meinem Felde abholen." B nickt zustimmend, und mit diesem Augenblick ist der Besitz an dem Pflug auf B übergegangen. Denn bei dem offen auf dem Felde stehenden Pflug besteht für B tatsächlich kein Hindernis, jederzeit ihn abzuholen und ihn in ein Gewahrsamsverhältnis zu bringen. Darum ist, dank der Vorschrift des § 854 II, zum Erwerb des Besitzes nicht nötig, daß B erst durch eine Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen die Erlangung der tatsächlichen Gewalt (nach § 854 I) herbeiführt, sondern die Einigung mit A genügt, um ihm den Besitz zu verschaffen.

Es bleibt noch übrig, die hier einschlagende Judikatur Revue passieren zu lassen.

Bei der Übertragung des Besitzes an Grundstücken nach § 854 II haben sich in der Praxis der Gerichte Zweifel kaum geltend gemacht: eine Illustration für solche Fälle beizubringen, wird schwer möglich sein, da man die Entscheidungen der höheren Gerichtshöfe vergebens nach einem hier in Frage kommenden Falle durchblättert. Dagegen ist die Frage, wann bei beweglichen Sachen ein die Anwendbarkeit des § 854 II ermöglichendes Verhältnis vorliegt, nicht immer zweifelsfrei zu entscheiden. Festzuhalten ist jedenfalls, daß die Typen des früheren gemeinen Rechts, Übergabe in Gegenwart der Sache, Schlüsselübergabe, Signieren, Übergaben von Urkunden, ihrer formalistischen Bedeutung entkleidet sind; sie sind nicht ausreichend, wenn der Erwerber nicht in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, nicht erforderlich, wenn die Lage des Erwerbers eine entsprechende ist.

1. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. 31 S. 155—58. Die Braut besucht ihren zukünftigen Gatten in seiner Wohnung. Dieser zeigt ihr das von ihm nicht benutzte Klavier und erklärt, es ihr hiermit zu schenken. Das Klavier bleibt weiter in der Wohnung des Bräutigams stehen. Ist der Besitz übergegangen? Das frühere gemeine Recht kam in formalistischer Auffassung der römischen Übergabe propter rei praesentiam zu bejahender Antwort. Nach § 854 II ist die Frage zu verneinen. Der Verkehrsauffassung nach ist nur der Inhaber der Wohnung, der Bräutigam, in der Lage, die Gewalt über das Klavier auszuüben. Aber nicht die Braut, die dort nicht wohnt und die ohne Willen des Hausherrn das betreffende Zimmer nicht

betreten kann[1]). Sie kann den Besitz an dem Klavier nicht nach der Erleichterung des § 854 II erwerben, sondern sie muß in den tatsächlichen Verhältnissen eine Änderung herbeiführen, die sich als Erlangung tatsächlichen Gewalt über das Klavier ansprechen läßt.

2. Seufferts Archiv Bd. 57 S. 413 und OLG. Bd. IV S. 295. Der Dienstherr, ein Vogelliebhaber, schenkt seiner Magd 19 ihm gehörige, in seiner Wohnung befindliche Vogelbauer mit Vögeln. Eine Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen tritt nicht ein. Die Bauer bleiben in dem Zimmer des Herrn, die Magd besorgt, wie früher, die Fütterung und Reinigung. Nach Ansicht des Gerichtes ist ein Besitzwechsel nicht eingetreten, weil eine Einigung über den Besitzübergang zum mindesten eine ernstgemeinte Einigung, fehle. Dies kann in jenem Falle aber auch als der einzige Grund gelten, aus welchem der Nichterwerb des Besitzes zu erklären ist. Denn die tatsächlichen Umstände versetzen sehr wohl die Magd in die Lage, die Gewalt über die Bauer auszuüben. Kam eine ernstlich gemeinte Einigung mit dem Herrn hinzu, so wäre kein Grund ersichtlich, warum die Magd damit nicht sofort den Besitz an den Bauern erwürbe.

3. OLG. Bd. II S. 334. S. übergibt dem K. die Schlüssel zu einem Speicher, in welchem Waren lagern. Damit wird der Besitz an den Waren auf K. übertragen. Denn „der im Besitz der Schlüssel Befindliche kann sich jederzeit und ungehindert Zutritt zu dem Speichergebäude verschaffen." Er ist also derjenige, der in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

Zum tieferen Verständnis ein anderer Fall. Seufferts Archiv Bd. 46 S. 268: Der Hausherr übergibt zwecks vorzunehmender Reparaturen einem Handwerker die Schlüssel zu einem Gebäude. Der Besitz an dem Gebäude, sowie an den in ihm befindlichen Sachen ist dem Hausherrn verblieben und nicht auf den Handwerker übergegangen. Der Grund, weshalb in dem einen Fall bei Schlüsselübergabe der Besitz übergeht, in dem anderen Falle nicht, liegt darin, daß der Besitz des Schlüssels allein noch nicht den Besitz der verschlossenen Sache gibt, sondern zum Schlüsselbesitz noch die Willenseinigung mit dem Vorbesitzer kommen muß. So allein erklärt es sich, daß der Dieb oder Finder des Schlüssels zunächst nur Besitz am Schlüssel hat. Der Besitz des Schlüssels

[1]) So richtig Dernburg Sachenrecht S. 60, zu unrecht Cosack S. 74, da von einer Gestattung, eigenmächtig das Klavier abzuholen, nicht die Rede ist.

entspricht nur dem Erfordernis, daß man in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben; erst die Einigung mit dem Vorbesitzer hebt dieses Verhältnis zur Herrschaft, zum Besitz empor[1]).

4. OLG. Bd. V S. 150: H. verkauft auf seinem eingezäunten Holzplatz lagernde Hölzer an K. Er zeigt ihm die gesondert geschichteten Hölzer, und K. versieht das oberste Stück jedes Stapels mit seinem Stempel. Der Besitz an den Hölzern ist nicht auf den K. übergegangen. Denn mag auch in dem Vorzeigen der Hölzer und in dem Stempeln derselben durch den K. eine Einigung über den Besitzübergang im Sinne des § 854 II gefunden werden, so ist doch dem andern Erfordernis, der entsprechenden Lage des K., die Gewalt über die Hölzer auszuüben, nicht genügt, da die Hölzer weiter auf dem eingezäunten und verschlossenen Holzplatz des H. verbleiben und somit dem K. nicht jederzeit frei zugänglich sind. K. kann nicht nach § 854 II, sondern nur nach § 854 I, „durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt", also durch eine Änderung in den äußeren Verhältnissen, den Besitz erwerben.

Dieser Entscheidung sei der im Recht 1908 Nr. 3268 mitgeteilte Fall gegenübergestellt: H., der bisherige Eigentümer, bezeichnet die dem S. zu übergebenden Sachen, S. versieht diese Sachen zum Zeichen der Besitzergreifung mit dem ersten Buchstaben seines Namens. Das Gericht nimmt Besitzübergang von H. auf S. als vorliegend an, obwohl die Sachen an derselben Stelle verbleiben und hinterher mit Zustimmung des S. von H. weiter benutzt werden.

Bei der Knappheit der Mitteilung, bei der auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, den Fall als constitutum possessorium zu behandeln, ist es natürlich gewagt, sich in eine nähere Erörterung einzulassen. Ist unmittelbarer Besitz des S. gemeint, so hebt m. E. die Begründung des Gerichts den Kern der Sache nicht genügend hervor. In dem Zeichnen allein kann der besitzbegründende Vorgang nicht erblickt werden. Das zeigt der vorhergehende Fall. Die begleitenden Umstände müssen so gestaltet sein, daß dem Erwerber die Herrschaft über die zu übergebenden Sachen jederzeit frei zugänglich ist. Das hätte schärfer betont werden müssen; denn eine symbolische Tradition durch Signieren haben wir nicht mehr.

5. Recht 1907 3659: Wenn in der Aufstellung eines Verzeichnisses der zu übergebenden Sachen und in der Handauflegung seitens des

[1]) So richtig Dernburg Sachenrecht S. 61, teilweise abweichend Gierke Sachenrecht S. 233 Anmerk. 20.

Erwerbers eine Besitzübergang nicht zu finden ist, so liegt das daran, daß die Sachen in der tatsächlichen Gewalt des anderen verbleiben und dem Erfordernis des § 854 II, daß der Erwerber in der Lage sein muß, die Gewalt über die Sachen auszuüben, nicht entsprochen ist. Urkunden sind nicht an sich, sondern nur in bestimmten Fällen vom Verkehr als Herrschaftsträger anerkannt. Die auf diesem Boden gewachsenen handelsrechtlichen Traditionspapiere bleiben hier außer Betracht, weil der durch sie vermittelte Besitz kein unmittelbarer ist. Dagegen ist auf den in OLG. Bd. 13 S. 167 mitgeteilten Fall zu verweisen, der unten S. 60 bei der Eigentumsübertragung noch erörtert werden wird.

Zum Schluß ist noch — abgesehen von der aus dem Tatbestand des § 854 II folgenden Selbstverständlichkeit, daß der Besitzerwerb nach § 854 II stets nur ein derivativer, nicht ein originärer sein kann — die Ähnlichkeit hervorzuheben, die der Besitzerwerb nach § 854 II mitunter mit den gemeinrechtlichen Instituten der brevi manu traditio und des constitutum possessorium haben kann.

Falls für den Besitzer die tatsächliche Gewalt durch einen sog. Besitzdiener (§ 855) ausgeübt wird, kann der Besitzer sehr bequem nach § 854 II seine Rechtsstellung dem Besitzdiener übertragen. Der Herr überläßt z. B. seinem Diener die von diesem getragene Livrée zu freiem Eigentum und übergibt sie ihm in der Weise, daß er sich mit dem Diener nach § 854 II über den Besitzübergang einigt. Der Fall läßt sich mit der brevi manu traditio vergleichen. Umgekehrt kann jemand eine Sache, die er bisher selbständig in Besitz hatte, auf einen andern dadurch übertragen, daß er fortab die tatsächliche Gewalt für jenen anderen, und zwar in Abhängigkeit von ihm ausübt und sich damit zu dessen Besitzdiener macht. Ein Arbeiter veräußert z. B. ihm gehöriges Handwerkzeug an seinen Arbeitgeber, behält es aber zu weiterem Gebrauch im Dienste des Arbeitgebers. Dieser Fall läßt sich mit dem constitutum possessorium vergleichen.

Doch beide Fälle ähneln nur den genannten gemeinrechtlichen Instituten, sie sind nicht kongruent mit ihnen. Daher vermeidet man besser, diese Fälle mit den gemeinrechtlichen Bezeichnungen zu belegen, um Unklarheiten vorzubeugen. Denn brevi manu traditio und constitutum possessorium beruhen auf der römischen Scheidung von Detention und juristischem Besitz und haben heute, da das BGB. alle Detentoren zu Besitzern hat aufsteigen lassen, ihre Natur geändert:

Aus Besitzübertragungsformen sind sie zu Besitzumwandlungsformen geworden und werden durch § 854 II nicht getroffen[1]).

Der zuletzt angeführte, mit dem constitutum possessorium in Parallele gestellte Fall bedarf übrigens noch einer ergänzenden Erklärung. Die hier gebilligte Beurteilung des Falles fußt auf der Annahme, daß derjenige, für welchen ein anderer von ihm Abhängiger die tatsächliche Gewalt ausübt, durch diese Abhängigkeit des andern von ihm meistens in seiner Person das in § 854 II geforderte tatsächliche Moment erfüllt, d. h. sich in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache auszuüben. Diese Annahme erscheint richtig, und sie läßt sich nach der einen Richtung hin noch ausdehnen. Wie der durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworbene Besitz nach seiner Begründung eine Abspannung in den äußeren Beziehungen von Besitzer zu Sache duldet, so wird auch der Besitz des Besitzherrn (§ 855) dadurch nicht berührt, daß das äußere Band zwischen Besitzdiener und Sache sich lockert. Der Besitzherr bleibt Besitzer, solange diese Lockerung in der Beziehung von Besitzdiener zu Sache nur so weit geht, daß der Besitzdiener immer noch in der Lage bleibt, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Damit eröffnet sich die Möglichkeit, die natürliche Vertretung durch einen Besitzdiener in das tatsächliche Moment des § 854 II einzuführen. Wenn demnach derjenige, der in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben (aber ein Nichtbesitzer), einem andern in Abhängigkeit untergeordnet ist, so daß er dessen Weisungen zu folgen hat, so kann dieser andere nunmehr durch Einigung mit dem bisherigen Besitzer den Besitz erwerben, da das tatsächliche Moment infolge der Abhängigkeit jenes ersten ihm selbst zugerechnet wird.

§ 11. § 854 II und die Sukzession in den Besitz.

In der Besitzlehre hat die Frage, ob eine Sukzession in den Besitz stattfinden könne, stets eine große Rolle gespielt. Vor Savigny hielt man eine Sukzession in den Besitz für zulässig. Savigny stellte das Dogma auf, jeder Besitzerwerb sei originär. Im gemeinen Recht hat dieses Dogma seine Geltung behauptet. Brinz, Bekker und insbesondere Strohal haben zwar energisch für die Zulässigkeit der Sukzession gefochten. Doch erst seit dem Bürgerlichen Gesetzbuch hat sich die herrschende Lehre von dem Savignyschen Dogma abgewandt, und heute

[1]) Teilweise abweichend Eck S. 19, Bekker in Jherings Jahrbuch 34 S. 8, v. Buchka S. 178 Anmerk. 6, Müller-Meikel S. 692/3.

sind es nur noch wenige Köpfe, die eine Sukzession in den Besitz ablehnen. § 854 II spielt in diesem Streite insofern eine wichtige Rolle, als die heute herrschende Lehre zum Beweise für die Zulässigkeit der Besitzsukzession sich gerade auf ihn beruft[1]).

Obwohl der Streitfrage, ob Sukzession in den Besitz, ob nicht, angesichts der positiven Vorschriften unseres Gesetzes nur geringe praktische Bedeutung zuzumessen ist, seien ihr doch einige Worte gewidmet.

Vorauszuschicken ist, daß nur die sogenannte translative Sukzession in Betracht kommt und daß Sukzession und derivativer Erwerb von den meisten Schriftstellern gleich gesetzt werden. Das Wesen der Sukzession erblickt die herrschende Meinung darin, daß dasselbe Recht auf einen neuen Träger infolge eines Rechtsgeschäftes, eines Staatsaktes oder kraft Gesetzes übergeht, so zwar, daß das Recht beim Nachmann inhaltlich dem Recht des Vormannes gleich und, was Inhalt und Bestehen anbetrifft, abhängig von ihm ist.

Wie diese Definition des Sukzessionsbegriffes zeigt, läßt sich die Frage der Besitzsukzession nur diskutieren, wenn man den Besitz nicht als bloßes Faktum, sondern vielmehr als ein Recht oder wenigstens als eine Rechtsstellung ansieht. Denn daß ein Faktum, eine bloße Tatsache, sich in eine juristische Sukzession nicht eingliedern läßt, das ist nach der aufgestellten Definition selbstverständlich und wird auch von keinem Anhänger der Besitzsukzession bestritten.

Andererseits läßt die Auffassung des Besitzes als eines Rechtes oder einer Rechtsstellung die Schwierigkeiten in der Sukzessionsfrage nicht ohne weiteres verschwinden.

Wegen der Verschiedenheit der Tatbestände, an die unser Recht die Besitzerrechtsposition geknüpft hat, empfiehlt es sich, die Tatbestände einzeln durchzugehen und bei jedem von ihnen die Sukzessionsmöglichkeit zu erörtern.

Die Übertragung des (mittelbaren) Besitzes nach § 870 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs stellt so zweifelsfrei einen Sukzessionsfall dar, daß hiergegen von maßgebender Seite kein Widerspruch erhoben worden ist.

---

[1]) Keine Sukzession in § 854 II nehmen an: Aravantinos S. 127 ff., Berg S. 66, Binder S. 44 Anmerk. 44, Crome S. 41 Anmerk. 34, Kniep S. 108, Kohler Vertrag und Übergabe S. 80, Lehmann S. 18/19 Planck S. 34, Rehbein S. 313/14.

Ähnlich steht es mit dem Fall des Besitzerwerbs durch Erbgang (§ 857).

In diesen beiden Fällen geht das Recht des Besitzes, im ersten Fall durch das Rechtsgeschäft der Abtretung, im zweiten kraft Gesetzes, auf den neuen Träger über, und zwar so, daß der Besitz beim Nachmann dem Besitz des Vormannes gleich und, was Inhalt und Bestehen anbetrifft, abhängig von ihm ist. Ist der Besitz des Erblassers beispielsweise fehlerhaft gewesen, so ist es auch der Besitz des Erben (vergl. § 858 II), und hatte bei mittelbarem Besitz der Vormann in Wirklichkeit gar keinen Herausgabeanspruch, so hat auch der Nachmann einen solchen nicht erworben und darbt ebenso des mittelbaren Besitzes wie sein Vormann.

Bestritten ist, ob § 854 II einen Sukzessionsfall darstellt. Strohal, der eifrigste Verfechter der Besitzsukzession schon unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes, erklärt (vergl. Sachbesitz S. 58—66) in Bezug auf § 854 II die Möglichkeit derivativen Besitzerwerbs daraus, daß „die an die Fortdauer bereits begründeten Besitzes gestellten Anforderungen erheblich geringer sind, als diejenigen, welchen im Fall der Neubegründung von Besitz entsprochen sein muß". „Zu letzterer ist ein äußerer Vorgang, durch welchen, wer Besitzer werden soll, die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt, erforderlich. Zum Fortbestand des einmal begründeten Besitzes genügt dagegen, daß der Besitzer die Gewalt nicht aufgegeben hat und daß auch kein Umstand eingetreten ist, vermöge dessen die fernere Ausübung der Gewalt über die Sache als ausgeschlossen erscheint . . . Zum Eintritt eines derivativen Besitzerwerbes ist nun nichts weiter erforderlich, als daß die Rechtsordnung die vermöge des der Vergangenheit angehörenden Besitzbegründungsvorganges zunächst zugunsten des A eingetretenen Rechtsfolgen, unter gewissen Voraussetzungen, aber ohne daß sich ein Besitzbegründungsvorgang neuerdings zu verwirklichen braucht, auf den B übergehen läßt."

Diese Strohalschen Ausführungen sind zu billigen; die ihnen zugrunde liegenden Gedanken sind schon oben an anderer Stelle von uns gestreift worden.

Ferner kommt noch hinzu, daß in § 854 II dieselben Momente mitsprechen, wie sie regelmäßig bei derivativem Erwerb von Rechten zu finden sind. Der derivative Erwerb von Rechten setzt unter anderem regelmäßig voraus erstens, daß der Vormann das Recht hat, und daß ein Titel für den Übergang vorliegt. Als solcher Titel kommt vornehmlich

das Rechtsgeschäft in Betracht. Diese beiden Voraussetzungen finden sich auch in § 854 II. Der Vormann muß Besitzer sein, eine Einigung mit einem Nichtbesitzer ist eine Farce: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Und dann muß die Einigung als Rechtsgeschäft gültig sein; sonst tritt kein Besitzerwerb ein.

Die Argumente, die gegen die Sukzessionsnatur des § 854 II angeführt werden, laufen in ihren Grundgedanken darauf hinaus, daß in § 854 II ein tatsächliches Machtverhältnis zwischen Erwerber und Sache hergestellt werde und dieses mit dem Begriffe der juristischen Sukzession sich nicht vereinen lasse. Demgegenüber kann nicht genug betont werden, daß ja niemand die Behauptung aufstellt, in § 854 II finde die Sukzession in das tatsächliche Machtverhältnis statt. Es wurde schon im Beginn dieser Erörterungen darauf hingewiesen, daß sich nur die Anwendbarkeit des Sukzessionsbegriffes auf Rechtsverhältnisse, nicht auf Fakta diskutieren läßt. In § 854 II liegt die Sache nicht so, daß der Nachmann in die Lage, die tatsächliche Gewalt auszuüben, einrückt — daß er sich in dieser Lage befindet, ist ja doch eine Voraussetzung für den Erfolg des Besitzerwerbes —, sondern so, daß er unter der Voraussetzung der entsprechenden Lage und der Einigung mit dem Vorbesitzer in dessen Rechtsstellung einrückt. Dieses Einrücken aber weist das in der Definition des Sukzessionsbegriffes enthaltene Identitäts- und Abhängigkeitserfordernis auf, sodaß an der Sukzessionsnatur des § 854 II füglich nicht gezweifelt werden sollte.

An letzter Stelle ist zu untersuchen, inwieweit der nach § 854 I erworbene Besitz sich in eine juristische Sukzession einordnen läßt. Diese Fragestellung klingt für den ersten Augenblick paradox: ein durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt und doch derivativ erworbener Besitz! Doch die Frage zeigt ihre Berechtigung, wenn man erwägt, daß sehr viele Besitzübertragungen, besonders bei beweglichen Sachen, sich in der Weise abwickeln, daß der Erwerber durch die Übergabe die volle tatsächliche Gewalt (§ 854 I) erlangt. Die Mobiliartraditionen werden sich regelmäßig so abspielen, daß der Gewahrsam des Vorbesitzers aufgehoben und der des Erwerbers begründet wird. Diese Fälle also, wo der Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt, aber mit Willen und Hilfe des Vorbesitzers erworben wird, haben wir bei der oben gestellten Frage im Auge.

Der Anwendung des Sukzessionsbegriffes auf diese Fälle steht die Schwierigkeit entgegen, daß die Existenz des Besitzes hier lediglich

an die Erlangung der tatsächlichen Gewalt geknüpft ist. Diese Verknüpfung läßt das Besitzrecht seiner Existenz nach nur in Abhängigkeit von dem in § 854 I geforderten Tatbestand eines tatsächlichen Machtverhältnisses stehen, nicht aber von der Existenz des Besitzrechtes bei dem Vormann, wie es der Sukzessionsbegriff fordert. Das Moment der Identität dagegen, das nach Streichung des Abhängigkeitserfordernisses von der Sukzession übrig bleibt, leidet sehr wohl Anwendung auf diese Fälle des Besitzerwerbes; es gehört ja nichts weiter dazu, als daß unter bestimmten Voraussetzungen das Besitzrecht jemandes als identisch mit dem Besitzrecht seines Vorgängers behandelt wird. Zweifellos liegt diese Auffassung unserem Gesetze überall dort zugrunde, wo es von einer „Rechtsnachfolge in den Besitz" spricht. In den §§ 221, 943, 999 BGB. werden dem Besitzer Rechtspertinenzen des Vorbesitzers, wie Anrechnung der Verjährungs- und Ersitzungsfrist, Verwendungsansprüche, dann zugerechnet, wenn er den Besitz durch Rechtsnachfolge erlangt hat. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß diese Rechtsnachfolge in den Besitz nicht auf die Sukzessionsfälle der §§ 870, 857 und 854 II beschränkt werden darf. Die Vorschriften der zitierten Paragraphen 221, 943, 999 könnten sonst bei der Besitzübertragung beweglicher Sachen, die in der Regel Begründung des Gewahrsams nach § 854 I fordert, nicht zur Anwendung kommen. Diese Konsequenz wäre unannehmbar. Das Gesetz versteht vielmehr unter Rechtsnachfolge in den Besitz nichts anderes als einen Übergang des Besitzes auf einen neuen Inhaber, der sich unter denselben Bedingungen vollzieht, die für den Erwerb von Rechten durch Rechtsnachfolge aufgestellt sind. Als solche Bedingung fungieren vor allem Erbgang und rechtsgeschäftliche Einigung. Demnach sind die Sukzessionsfälle der §§ 857, 854 II und 870 stets als Fälle der Rechtsnachfolge im Sinne der §§ 221, 943, 999 anzusehen. Darüber hinaus liegt eine Rechtsnachfolge in den Besitz auch dort vor, wo der Besitz gemäß § 854 I durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt mit Willen und Hilfe des Vorbesitzers erworben wird, falls bei diesem Übertragungsakte die Beteiligten die für die Vornahme von Rechtsgeschäften erforderliche Geschäftsfähigkeit und Verfügungsberechtigung gehabt und sich über den Besitzwechsel rechtsgeschäftlich geeinigt haben. In diesem Falle wird, zum Unterschied von den eigentlichen Sukzessionsfällen der §§ 854 II, 857, 870, nicht die Existenz des Besitzes selbst in Abhängigkeit von dem Besitz des Vormannes gestellt, sondern von der Rechtsordnung bestimmt, daß der Besitz des Nachmannes in gewissen

Rechtsfolgen, wie in der Anrechnung der Verjährungs- und Ersitzungsfrist und der Verwendungsansprüche, als identisch mit dem Besitz des Vormannes angesehen wird, wenn sich aus dem Akt des Besitzwechsels eine den Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechende Einigung der Beteiligten herausdestillieren läßt. Für die Existenz des Besitzes ist diese Einigung in dem Falle des § 854 I unerheblich, da über diese ja nur die Erlangung der tatsächlichen Gewalt entscheidet; erheblich dagegen für die in den §§ 221, 943, 999 hervorgehobenen Rechtsfolgen, die in § 854 I nur bei Vorliegen einer rechtsgeschäftlich gültigen Einigung eintreten.

Unsere Ansicht über die Streitfrage der Besitzsukzession fassen wir nochmals kurz dahin zusammen: Die Besitzerwerbsfälle der §§ 854 II, 857 und 870 stellen vollkommen Sukzessionsfälle dar, während der Besitzerwerb nach § 854 I einer juristischen Sukzession nur mit Einschränkung auf das Identitäts-, nicht auch auf das Abhängigkeitserfordernis zugänglich ist.

§ 12. § 854 II und seine Bedeutung für die dinglichen Rechte.

Auf dem Gebiete der dinglichen Rechte hat unser Bürgerliches Gesetzbuch die alte deutschrechtliche Scheidung zwischen Liegenschaften und Fahrnis zur Geltung gebracht, die in dieser starken Ausprägung dem römischen Rechte fremd war. Wie überhaupt das BGB. teils aus deutschem, teils aus römischem Stoffe geformt ist, so ist gerade das Besitzrecht desselben eine eigentümliche Verschmelzung deutscher und römischer Gedanken. Possessio und Gewere leben beide in dem Besitz des BGB. fort. Der Begriff des Besitzes, soweit er als tatsächliche Herrschaft der Person über eine Sache erscheint[1]), „stammt zweifellos in gerader Linie von der römischen possessio ab". Andererseits ist der Besitz von deutscher Seite mit den Translativ- und Legitimationswirkungen der Gewere bekleidet worden, aber nur der Besitz an beweglichen Sachen; das Erbe der Liegenschaftsgewere hat nicht der Besitz an Grundstücken, sondern das Grundbuch angetreten.

Daraus ergibt sich mit Notwendigkeit, daß überall da, wo es sich um den Besitz an sich handelt, das römische Recht mit seiner unterschiedslosen Behandlung von Mobilien und Immobilien sich verraten wird, daß dagegen dort, wo es sich um die an den Besitz geknüpften dinglich-

[1]) Hierzu Gierke Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 1—21.

rechtlichen Folgen handelt, die Scheidung zwischen Fahrnis und Liegenschaft eintreten wird. Und in der Tat, bis jetzt, wo nur Fragen des Besitzes an sich zu erörtern waren, waren wir wohl hin und wieder gezwungen, auf die in der Kasuistik hervortretenden Unterschiede zwischen Fahrnis und Liegenschaft hinzuweisen, doch für die juristische Dogmatik war dieser Unterschied belanglos. Anders auf dem Gebiete der dinglichen Rechte. Hier gewinnt sofort § 854 II für bewegliche Sachen eine Bedeutung, die ihm für Grundstücke notwendig mangelt. Denn für bewegliche Sachen ist der Besitz ein Mittel, das für die Entstehung der dinglichen Rechte von höchster Wichtigkeit ist, während für Grundstücksrechte der Besitz neben dem fast allein ausschlaggebenden Grundbuch eine durchaus untergeordnete Rolle spielt.

Getreu dem Publizitätsprinzip knüpft das deutsche Recht die Übertragung von Eigentum und die Begründung von Nießbrauch und Pfandrecht an die Übergabe der Sache (vgl. §§ 929, 1032, 1205 BGB.). Zur Übergabe gehört zunächst, daß der Besitz von dem Veräußerer auf den Erwerber übergeht. Doch in anbetracht der rechtlichen Bedeutung, die unser Recht diesem Besitzwechsel zumessen will, ist zu fordern, daß dieser Besitzwechsel sich nach den Grundsätzen der Rechtsnachfolge in den Besitz vollzieht, d. h. daß Erwerber und Veräußerer bei Vornahme des Besitzübertragungsaktes die erforderliche Geschäftsfähigkeit und Verfügungsberechtigung haben[1]). Dieselbe Ansicht über die Natur der in den §§ 929, 1032, 1205 geforderten Übergabe vertreten Cosack[2]) und Fischer[3]), die außer dem Gewaltwechsel einen Vertrag zwischen Veräußerer und Erwerber, eine Einigung betreffend den Besitzwechsel, fordern. Manigk[4]) sieht das Maßgebende allein in dem Willen des Veräußerers, es genüge, wenn der Besitzwechsel nicht wider den Willen des Veräußerers sich vollziehe. Damit wird jedoch fehlerfreier Besitzerwerb und Übergabe identifiziert, was nicht zu billigen ist. Gierke[5]) und Breit[6]) vertreten eine vermittelnde Ansicht, die auf Seiten des Erwerbers wenigstens ein Wissen und ein natürliches, wenn auch kein rechtsgeschäftliches Wollen fordert. Man

[1]) Vgl. Kreß S. 326/7.

[2]) S. 116.

[3]) Fischer-Henle S. 545.

[4]) Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte S. 202, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 659/60.

[5]) Sachenrecht S. 232.

[6]) S. 249.

erkennt sofort, daß diese Streitfrage gegenüber § 854 II keine Bedeutung hat, da hier die Willen der Parteien, die das Objekt jenes Streites bilden, zu der rechtsgeschäftlichen Einigung zusammengeschlossen sein müssen, damit überhaupt ein Gewaltwechsel eintritt. Die Vertreter aller drei Richtungen müssen daher in § 854 II eine Übergabe im Sinne der §§ 929, 1032 und 1205 erblicken. Nur Gierke[1]) faßt den Begriff „Übergabe" so eng, daß § 854 II nicht in ihm Platz findet; „die Fassung von § 854 II und die Rücksicht auf die dahin gehörige Besitzeinräumung an den Besitzhalter sprechen dagegen". Praktische Bedeutung hat diese Sondermeinung Gierkes nicht; denn ob man sagt, § 854 II sei eine Übergabe oder § 854 II ersetze die Übergabe — dies ausdrücklich zu bestimmen, habe das Gesetz nur versäumt —, ist praktisch gleichgültig. Die Fassung von § 854 II spricht doch nur dann gegen die herrschende Ansicht, wenn Gierke unter Übergabe nur ein Übergeben von der einen Hand in die andere in grob äußerlichem Sinne versteht. Andererseits kann die Besitzeinräumung an den Besitzhalter nur dann nicht unter „Übergabe" fallen, wenn Gierke, da nach ihm Übergabe stets einen Wechsel des unmittelbaren Besitzes voraussetzt, sich einen solchen nicht denken kann, ohne daß die Sache eine Raumveränderung erleidet. Beides scheint jedoch nicht gerechtfertigt zu sein. In § 854 II ist vielmehr in jeder Beziehung eine Übergabe im Sinne der §§ 929, 1032 und 1205 zu erblicken.

Zu weiteren theoretischen Erörterungen ist im Hinblick auf § 929, auf die Übereignung beweglicher Sachen, kein Anlaß gegeben; ein Blick in die Rechtsprechung mag zeigen, wie sich die Anwendung des § 854 II im Rahmen des § 929 praktisch gestaltet:

1. OLG Bd. XII S. 279.

Ein Ehemann verkauft seiner Frau zur Sicherung ihrer Forderungen die in seiner Ziegelei befindlichen Ziegelsteine. Er vermietet ihr die Lagerräume und gewährt ihr die Erlaubnis, die Einrichtungen der Ziegelei zur Fertigstellung der noch ungebrannten Ziegel zu benutzen. In diesem Vorgang erblickt das Oberlandesgericht Naumburg mit Recht die zur Übereignung erforderliche Übergabe; denn da die Frau die Hausgemeinschaft ihres Mannes teilt, ist sie wie dieser in der Lage, die Herrschaft über die in der Ziegelei befindlichen Steine auszuüben, und die in jenen konkludenten Handlungen liegende Einigung

[1]) Sachenrecht S. 548.

genügt, um nach § 854 II ihr Verhältnis zum Besitz emporzuheben, sodaß der im § 929 geforderten Übergabe der Sache entsprochen ist.

2. OLG Bd. XIII S. 167 (ähnlich auch Bd. XV S. 356). In einem Hafen lagerndes Holz wird verkauft, und das Verzeichnis der Hölzer und die Verkaufsurkunde dem Verkäufer übergeben. Gemäß dem im Hafenverkehr üblichen Gebrauch ist der Käufer, mit diesen Papieren in der Hand, in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben; da in der Übergabe der Papiere gleichzeitig die in § 854 II verlangte Einigung erblickt werden muß, ist der Besitz auf den Käufer übergegangen und damit auch das Eigentum gemäß § 929.

In derselben Weise muß sich § 854 II als Übergabe im Sinne des § 1032 bewähren. Doch ist es uns leider nicht möglich, einen diesbezüglichen Fall aus der Praxis mitzuteilen.

Erscheint § 854 II im Rahmen des § 1205, so bedarf ein Punkt noch besonderer Erörterung.

Das deutsche Gesetzbuch führt im Pfandrecht das Publizitätsprinzip streng durch, läßt zur Pfandbestellung das constitutum possessorium nicht genügen, es verlangt ausnahmslos, daß die Sache aus dem Gewaltbereich des Verpfänders ausgeschieden wird. Von diesem Gesichtspunkt aus könnte man Bedenken haben, ob der Besitzerwerb nach § 854 II, der sich vollzieht ohne Änderung in den äußeren Verhältnissen, genügt, um die Publizität des Pfandes zu wahren, oder ob damit nicht mehr oder minder Unklarheit und Unsicherheit in den dinglichen Rechtsverhältnissen eingeführt wird. Doch demgegenüber muß scharf betont werden: Wird durch § 854 II der Besitz übertragen, so kann auch auf diese Weise ein gültiges Pfandrecht bestellt werden. Daran läßt sich nicht rütteln[1]). Diesen Bedenken ist nur die Warnung zu entnehmen, im Interesse der Publizität den Besitzerwerb nach § 854 II nicht zu lax aufzufassen. Es läßt sich auch hier keine allgemeine Regel geben, weil das tatsächliche Moment in § 854 II der festen Formulierung spottet, aber an der Hand einiger Beispiele aus der Praxis wird sich zeigen, was mit jenen Worten gemeint ist.

1. RG 66 S. 258 ff. (Jur. Woch. 1907 S. 140 ff.).

---

[1]) Auch das Reichsgericht (Jur. Woch. 1908 S. 681) vertritt hier keine Sondermeinung; denn es verneint nur das Vorliegen einer Einigung über den Besitzübergang, bestreitet aber nicht, daß, wenn eine Einigung vorläge, Übergabe und Verpfändung wirksam wären.

Der Gläubigerin Frau X. wurden von ihrer Schuldnerin, einer Aktiengesellschaft, Schuhwaren in folgender Weise verpfändet: Der Vertreter der Gläubigerin, Rechtsanwalt P., begab sich mit dem Direktor der Aktiengesellschaft in die Lagerräume der Fabrik, wo die zu verpfändenden Waren sich befanden. Der Direktor erklärte unter Übergabe der Lagerschlüssel, die Waren hiermit in den Pfandbesitz der Gläubigerin zu übergeben. P. nahm die Erklärung an, gab die Schlüssel dagegen dem Buchhalter der Aktiengesellschaft, der sie als Besitzgehilfe für die Gläubigerin innehaben sollte. Dieser brachte die Schlüssel mit Wissen des P. an ihren gewöhnlichen Bestimmungsort, sodaß nach wie vor die Angestellten der Aktiengesellschaft Zutritt zu den Lagerräumen hatten, gleich als ob keine Verpfändung erfolgt wäre.

Hier ist ein Pfandrecht nicht entstanden, weil die Gläubigerin keinen Besitz an den zu verpfändenden Sachen erworben hat. Die Übergabe der Schlüssel an den Vertreter der Gläubigerin und die Ausantwortung von seiten dieses an den Buchhalter der Verpfänderin ist eine Komödie; denn nach Auffassung des Verkehrs ist dann eben nicht die Gläubigerin, sondern vielmehr die Verpfänderin in der Lage, die Gewalt über die Waren auszuüben. Außerdem muß das andere Erfordernis, die Einigung über den Besitzübergang, in seiner Ernstlichkeit angezweifelt werden.

2. Recht 1908 Nr. 1208 (ähnlich RG 53 S. 218 ff. und Recht 1907 Nr. 462).

Ein Besitzerwerb an einem Holzlager und damit ein Erwerb des Pfandrechts ist nicht erfolgt, wenn die Schlüssel zum Lagerplatz mit Wissen und Willen des andern Teiles in der Hand des Tradenten bleiben, sodaß dieser nach wie vor in der Lage ist, über die Sachen verfügen zu können. Solange der Tradent mit Willen des andern Teils die Möglichkeit behält, ohne dessen Zuziehung jederzeit an die Sachen heranzukönnen, kann eine ernstlich gemeinte Einigung darüber, daß der Besitz nunmehr dem andern Teil zustehen soll, nicht vorliegen.

3. OLG Bd. VIII S. 195 und RG in Gruchot Bd. 48 S. 955.

In einem Stall des Verpfänders lagernde Fourniere und Muschelaufsätze wurden dem Pfandnehmer in der Weise übergeben, daß ihm der Stall vermietet und der Schlüssel zu der Tür übergeben wurde. Als Schloß zu der Tür war vom Verpfänder absichtlich ein gewöhnliches Fabrikschloß gewählt worden, für das sich mutmaßlich ein zweiter dazu passender Schlüssel leicht finden würde. Tatsächlich fand sich auch ein

zweiter solcher Schlüssel, der den Verpfänder in den Stand setzte, die Gewalt über die Sachen auszuüben.

In allen drei Instanzen wurde angenommen, daß ein Besitzübergang stattgefunden habe und damit auch ein gültiges Pfandrecht entstanden sei.

Die Entscheidung ist richtig. § 854 II ist korrekt angewendet. Durch die Schlüssel ist der Pfandnehmer in die Lage versetzt, die Gewalt über die Sachen auszuüben. Um diese Lage zur tatsächlichen Herrschaft emporzuheben, kommt noch die Einigung dazu, des Inhalts, daß die Herrschaft von jetzt an dem Pfandnehmer zustehen soll. Das hat der Verpfänder in der Einigung unzweideutig erklärt; wenn er sich im Innern damit tröstet, noch einen zweiten Schlüssel zu haben und mit ihm trotz der Verpfändung an die Sachen heranzukommen, so ist das eine Mentalreservation, die nach § 116 BGB. bedeutungslos ist.

Von hier aus ist Stellung genommen zu der bestrittenen Frage[1]), „ob eine wirksame Verpfändung dann vorliegt, wenn der Verpfänder, in dessen Händen sich zu dem Türschlosse des die zu verpfändenden Sachen enthaltenden Gelasses zwei bestimmungsmäßige und dazu gehörige Schlüssel befinden, dem Pfandgläubiger, der von der Existenz des zweiten Schlüssels keine Kenntnis hat, nur einen Schlüssel überliefert und den andern — hiernach ohne Wissen und Willen des Pfandgläubigers — behält und zur Öffnung des Gelasses benutzt".

Die Verfechter der gegenteiligen Ansicht[2]), die in solchem Falle das Entstehen eines Pfandrechtes verneinen, besonders RG Bd. 37 S. 31, scheinen bei ihrer Argumentation das Hauptgewicht darauf zu legen, daß zum Besitz des Pfandnehmers die tatsächliche Herrschaft „mit Ausschließung der Verfügungsmöglichkeit eines anderen" gehört. Doch wo ist der Besitzer, der die „ausschließliche" Verfügungsmöglichkeit hat? Nicht einmal der, welcher die Sache in seiner Hand hält, hat sie; denn es kann ein Stärkerer kommen und sie ihm nehmen. Damit würde der Besitzbegriff einer fortgeschrittenen Kultur aufgegeben und die Rückkehr zu der engen Savignyschen[3]) Formulierung gepredigt. Nicht in dem Nichtverfügenkönnen liegt der Schwerpunkt, sondern in dem

[1]) Gruchot Bd. 48 S. 957/58.

[2]) Biermann Sachenrecht S. 435, Cosack S. 299, RG 37 S. 31, Wolff S. 200 Anmerk. 146. Wie im Text: Düringer-Hachenburg S. 501, Enneccerus-Lehmann S. 208, Planck S. 750, Seufferts Archiv Bd. 50 S. 15.

[3]) S. 26.

Bewußtsein des Nichtverfügendürfens. Dieses Bewußtsein ist bei demjenigen, der ohne Willen und Wissen des anderen Teils den zweiten Schlüssel zurückbehält, genau so vorhanden, wie bei dem, welcher sich einen zweiten Schlüssel nachträglich anfertigen läßt. Macht er von dem zweiten Schlüssel Gebrauch, so übt er als Besitzstörer verbotene Eigenmacht. Gegen diese ist kein Besitz gesichert, darum kann auch die Existenz des Besitzes nicht davon abhängig sein, daß die Möglichkeit einer solchen fehlt.

Lebenslauf.

Ich, Georg Stephan, Preuße, katholischer Konfession, bin geboren am 26. Mai 1888 in Lipine, Kreis Beuthen, Oberschlesien, als Sohn des 1895 verstorbenen Diplom-Ingenieurs Karl Stephan und seiner Ehefrau Maria, geborenen Habel. Ich besuchte die Volksschulen in Lipine und Camenz in Schlesien. Oktober 1899 trat ich in die Quinta des humanistischen Gymnasiums zu Patschkau ein, das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Hierauf studierte ich sechs Semester die Rechtswissenschaften, und zwar das erste in Freiburg im Breisgau, das zweite in Berlin, das dritte in Kiel, die übrigen Semester in Breslau. Am 9. Juni 1910 bestand ich am Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 2. Juli 1910 bin ich an dem Amtsgericht in Patschkau als Referendar beschäftigt.